Die persönliche Freiheit des Beschuldigten als Grenze der strafprozessualen Wahrheitsermittlung

★

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Kurt Tintner
Gerichtsreferendar

1931

Graphische Kunstanstalten / Breslau 6

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Wegner.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Vermerk:

Die hier zum Druck gelangende Arbeit stellt nur einen **Teilabdruck** der der Fakultät eingerichten Dissertation dar, die unter dem Titel: „Strafprozessuale Wahrheitsforschung und persönliche Freiheit" von der Fakultät für druckfähig erklärt worden ist. Mit Genehmigung der Fakultät unterbleibt die Drucklegung der gesamten Dissertation.

Meinen Pflegeeltern
Hugo und Else Schaye
in Dankbarkeit
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0115

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Zulässigkeit von Beweismitteln. — Grundsätzliches Verhältnis zwischen Forschungsrecht des Richters und Durchführbarkeit der Forschung 11

§ 2. Geschichtliche Entwicklung 16

§ 3. Erklärungspflicht des Beschuldigten? 19

§ 4. Verpflichtung des Beschuldigten zum Tätigwerden? . . . 22

§ 5. Duldungspflichten des Beschuldigten 23

§ 6. Grenzen der Duldungspflichten 31

§ 7. Anhang: Augenscheinseinnahme und Durchsuchung bei unverdächtigen Personen 36

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919. Achte Auflage 1929.

— Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, I. Band, Berlin 1912.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht. Berlin und Leipzig 1928.

— Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel (Z. 15, 471).

— Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46; 1903.

— Literaturbesprechung (Z. 27, 797 ff.).

Biener: Das englische Geschworenengericht. Leipzig 1852.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretungen. 2. Auflage. Leipzig 1890.

Brauer: Bemerkungen über Augenschein und Haussuchung. Archiv für Criminalrecht, neue Folge 1846.

Bürgers: Das Grundrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums. Diss. Köln 1928.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage. Jena 1927. 1. Band.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1900.

Delius: Ueber Zulässigkeit von Eingriffen in die Unantastbarkeit des Körpers im Strafprozeß. (Leipziger Zeitschrift Jahrgang 8 (1914), Seite 1253 ff.).

Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht. Berlin 1925.

Dochow: Der Zeugniszwang. 1877.

Ehrenfreund: Eine strafprozessuale Frage. (Goltdammers Archiv (G. A.), 53, 19.)

Frank: Besprechung des Reichsgerichtsurteils vom 8. 7. 1889. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z.) 12, S. 333).

Friedrichs: Der menschliche Körper als Beweismittel. Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (Z.Z.P.) 19 (1894) S. 390.

Gerland: Der Deutsche Strafprozeß. 1927.

Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1880.

Giese: Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. 6. Auflage 1925.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses. Leipzig 1883.

Heinze: Dispositionsprinzip und Offizialprinzip. Verhandlungsform und Untersuchungsform. (G.A. 24, 265).

Hatschek: Deutsches und Preußisches Staatsrecht. 1922.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben vom 1. 2. 1877. Berlin 1880.

Hellwig: Hypnose zum Zwecke der Wahrheitsermittlung. (G.A. 67, 433).

Heinze: Eine unzulässige Ausdehnung der Zeugenpflichten. Gerichtssaal (G.S.) 14, S. 452.

Henschel: Die Vernehmung des Beschuldigten. (G.S. 74, Beilageheft.)

von Hentig: Ist die Vernehmung des Angeklagten in der Hypnose mit seiner Zustimmung zulässig, Deutsche Juristenzeitung (D.J.Z.) 17. Jahrg. (1912) S. 630.

Heldmann: Die Pflicht zur Vorlegung von Augenscheinsobjekten. (Z.Z.P. 26, S. 407).

von Hippel in Z. 41, 335.

Herrmann: Der menschliche Körper als Beweismittel im Strafprozesse. Diss. Marburg 1913.

Hubrich: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches. Greifswald 1921.
Ivers: Die Hypnose im Deutschen Strafrecht. Leipzig 1927.
John: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Erlangen 1884.
Klein: Archiv des Criminalrechts 1. Band 1799. Darf der Richter sich einer List bedienen, um Verbrechen zu entdecken?
Koestlin: Der Wendepunkt des Deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert. Tübingen 1849.
Kohler: Die Person des Zeugen als Augenscheinsobjekt. (G.A. 60, S. 212.
Koch: Allgemeines Landrecht. Berlin und Leipzig 1884.
Kohler: Moderne Rechtsprobleme. Leipzig Teubner 1907.
Kohlrausch: Zur Frage der Untersuchungshaft. Juristische Wochenschrift (J.W.) 54, 441.)
Kreß: Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bayr. Z.) Band 2, S. 169.
v. Kries: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.
— Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren. (Z. 6, S. 88 ff.)
Kronecker: Die Reformbedürftigkeit des Vorverfahrens im Strafprozeß. (Z. 7, 395.)
— Bemerkungen aus der Praxis über des richterliche Vorbereitungsverfahren. (G.A. 29, S. 307.)
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 3. Band 1913.
v. Lilienthal: Der Hypnotismus und das Strafrecht. (Z. 7, S. 281.)
Liepmann: Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im Deutschen Strafprozeß. (Z. 44, S. 647.)
Loewe: Die Strafprozeßordnung. 6. Auflage, 1890.
Loewe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1929. 18. Auflage.
Lucas: Der Hypnotismus in seinen Beziehungen zum deutschen Strafrecht und Strafprozeß. Diss. Breslau. 1930.
Mayer, Arthur: Augenscheinseinnahme und Durchsuchung. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 128.
Meyer, Hugo: Die Parteien im Strafprozeß. Erlangen-Leipzig 1889
Mezger: Die Beschuldigtenvernehmung auf psychologischer Grundlage. (Z. 40, 152.)
Minde: Aus der Strafrechtspraxis. („Recht" 1916, S. 113.)
Mittermaier: Die Lehre vom Beweise. Darmstadt 1834.
— Das Deutsche Strafverfahren. 3. Auflage. Heidelberg 1839.
Möhring: Die körperliche Untersuchung im Strafprozeß und die Verwertung ihrer Ergebnisse. Berlin 1922.
Müller: Durchsuchung der einer strafbaren Handlung verdächtigen Person. (Bayr. Z. 1 (1905), S. 449.)
Oetker: Literaturbesprechung. (G.S. 65, 208.)
Ortloff: Hypnose und Suggestion in der Rechtspflege. (G.S. 60, S. 328.
Puchelt: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Leipzig 1881.
Rathenau: Die eidliche Vernehmung des Angeklagten als Zeugen nach englischem Recht. (Z. 22, 514.)
Rogge: Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Ein germanistischer Versuch. Halle 1820.
Rosenberg: Die Reform der Untersuchungshaft. (Z. 26, S. 339.)
Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß.
Rosenmeyer: Der menschliche Körper als Beweisobjekt. (G. S. 63, S. 41.)
Rupp: Der Beweis im Strafverfahren. Freiburg 1884.
Spitznagel: Die Hausuchung im Strafprozeß. Diss. Tübingen 1896.
Spohr: Ist Impfung auf Grund des Reichsgesetzes vom 8. April 1874 erzwingbar? (G.A. 52, S. 289.)
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung 1926.
Schoetensack: Der Strafprozeß der Carolina. Diss. Heidelberg 1901.

Scholz: Die Bedeutung des Hzpnotismus für Strafrecht und Strafprozeß. (Deutsche Strafrechtszeitung Band 5, (1918), S. 281.)
Stenglein: Strafprozeßordnung. Nördlingen 1885.
— Zur Reform der Strafprozeßordnung. (G.S. 62, S. 258 ff.)
— Haussuchung und Durchsuchung. (G.S. 57, S. 1.)
Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstrafrecht. 1924.
Stübel: Das Criminalverfahren in den Deutschen Gerichten unter besonderer Berücksichtigung des Königreichs Sachsen. Leipzig 1811. 4. Band.
Thilo: Kommentar zur Strafprozeßordnung 1878.
Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 3. Band. Halle 1824.
Ullmann: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Vargha: Die Verteidigung in Strafsachen. Wien 1879.
Voitus: Kontroversen betreffend die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1881.
Wach: Das Recht der Zeugnisverweigerung. G.S. 66. S. 1.)
Wegner: Ueber die beiden Wurzeln der Selbstverwaltung und ihren Wert für die Strafrechtspflege. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (MKrPs.) 1930. Beiheft 3 (Erinnerungsgabe für Liepmann).
v. Weveld: Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Zivilprozeß. Diss. München 1877.
Wilke: Eid und Meineid im englischen Prozeß. (G.A. 73, 81.)
Wulffen: Kriminalpsychologie. Berlin 1926.
Zöpfl: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. nebst der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung. Leipzig-Heidelberg 1876.
Zachariae: Handbuch des Deutschen Strafprozesses. Band 1 Göttingen 1861, Band 2 daselbst 1868.
Zumpt: Der Kriminalprozeß der Römischen Republik. Leipzig 1871.

§ 1.

Für die Benutzung der Beweismittel im Strafprozeß gilt grundsätzlich die Regel, die Beling an die Spitze seiner Abhandlung „Die Bweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß" stellt:[1])

„Nach jeder erheblichen Tatsache darf, und zwar mit allen zu Gebote stehenden Mitteln, geforscht werden."

„Statthaft" ist also grundsätzlich jedes Beweismittel.

Bei dieser Forschungstätigkeit sind Eingriffe in Rechte jeder Art von Privaten und Körperschaften häufig unvermeidlich; ja es sind verhältnismäßig wenig Fälle denkbar, in denen diese Folge nicht eintritt. Dabei erhebt sich die Frage, ob der grundsätzlichen Forschungsfreiheit des Strafrichters eine ebenso grundsätzliche Pflicht des Betroffenen gegenübersteht, sich dieser Forschung tätig oder auch nur duldend zur Verfügung zu stellen.

Im gemeinen Recht galt der Satz: „Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa videntur, sine quibus iuridictio explicari non potest".[2]) Für die Durchführbarkeit einer Beweisaufnahme auch gegen den Willen des Betroffenen galten daher im Prinzip nur Zweckmäßigkeitsfragen.[3]) Was notwendig war, war auch erlaubt, gleichgültig, ob und wie weit dabei in die Persönlichkeitssphäre des Privaten eingegriffen wurde.[4])

So stellt Mittermaier[5]) den Satz auf: „Jeder Bürger ist schuldig, die im Interesse der gesellschaftlichen Sicherheit vorgenommene Ausübung der Criminaljustiz zu befördern".[6])

Diese damals richtige Ansicht findet sich aber in modernem Gewande noch von neueren Schriftstellern vertreten.[7]) So gibt Spitznagel[8]) dem Richter zur Anwendung prozessu-

---

[1]) Vergl. Beling Beweisverb. S. 2.

[2]) 1. 2. D de jurisd.

[3]) Koestlin Wendepunkt des dtsch. Strafv. 1849, S. 87.

[4]) So tadelt Koestlin a. a. O. 86, daß die Eingriffe in den Rechtskreis der Persönlichkeit nicht mit den gehörigen schützenden Normen umgeben seien, wie überhaupt die grundsätzliche Nichtachtung der Rechte der freien Persönlichkeit den Charakter des gemeinrechtlichen Strafverfahrens ausmache.

[5]) Mittermaier Strafv. Bd. 1 § 91 S. 429.

[6]) L. v. B. § 23 S. 173. Tittmann, auf den sich Mittermaier a.a.O. beruft, ist im Grunde nicht dieser Ansicht. Er hält es (Handb. III S. 293) doch für notwendig, die Pflicht einer Person, sich zur Vornahme eines Beweisakts zur Verfügung zu stellen, aus anderen Rechtssätzen zu schließen.

[7]) Am ausgesprochensten von Delius in L. Z. 8 (1914) 1256: Täter und Teilnehmer haben keine Befugnis, der Strafrechtspflege beliebig Hindernisse zu bereiten.

[8]) Spitznagel § 8 S. 29.

aler Zwangsmittel „nur" insoweit ein Recht, als dieselbe ein notwendiges Mittel zur Ausübung der Kriminalgerichtsbarkeit ist. Ullmann [9]) folgert ebenfalls aus der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Beweisanordnung eine entsprechende Zwangspflicht des Staatsbürgers. Gleichermaßen läßt Puchelt [10]) hierfür das „öffentliche Interesse" ausschlaggebend sein.

Andere Autoren [11]) folgern diese Pflicht daraus, daß das Gesetz „ein Mittel zur Beweiserbringung anerkennt". Auf diesem Standpunkt stand vor allem das Reichsgericht:

„Mit der Berechtigung zu dem Akte ist den Organen der Strafrechtspflege auch die Befugnis zur Ueberwindung eines entgegengesetzten Widerstandes gegeben, soweit das Gesetz nicht Einschränkungen vorsieht."[12])

Damit ist aber der Grundsatz ausgesprochen: was[13]) nicht verboten ist, ist erlaubt.[14]) Indessen trifft das Gegenteil zu. Soweit Zweckmäßigkeitsfragen zur Begründung einer Verpflichtung herangezogen werden, wird demgegenüber schon von Heinze[15]) betont, daß das Interesse eines Teils, und wäre der Staat selbst der Beteiligte, lediglich ein sittlicher oder politischer, nicht aber ein Rechtsgrund dafür ist, dem andern Teil ein Entgegenkommen aufzuerlegen.

Die zweite Gruppe von Autoren zieht allerdings rechtliche Gesichtspunkte zu Rate: sie ist der Ansicht, jede Vorschrift, die eine Beweisanordnung zulasse, enthalte zugleich eine entsprechende Pflicht auf der Gegenseite. Indessen ist das nicht richtig. Schon die Strafprozeßordnung selbst enthält Vorschriften, in denen einem Recht der Organe der Strafgewalt keine Pflicht des Betroffenen gegenübersteht. Genannt sei nur § 161 St.P.O., der der Staatsanwaltschaft wohl ein Recht zur Zeugenvernehmung gibt, nach heute ganz herrschender Lehre aber für niemand eine Verpflichtung erzeugt, als Zeuge zu fungieren.[16] Andererseits sind sehr wohl besondere Pflichten statuiert, so die Verpflichtung zur Ab-

---

[9]) Ullmann 339. Gleicher Ansicht Arthur Mayer S. 31 (praktische Notwendigkeit). Ebenso von Kries Lehrb. 410.

[10]) Puchelt § 86 Anm. 4.

[11]) Rosenmeyer G. S. 63, 46 ff, Müller, Bayer. Z. Bd. 1, 419. A. Mayer 31 (führt dies als zweiten Grund an), auch schon Geyer 488. Loewe 6. Aufl. § 86 Anm. 3a.

[12]) So R. G. in R. G. St. 14, 189 ff.

[13]) Im Rahmen dieser Berechtigung. . . . .

[14]) Aehnlich formuliert Friedrichs Z. Z. P. 19, 365.

Zur Begründung dieser Ansicht wurde auch von v. Wilmowski-Levy die Justizhoheit des Staates geltend gemacht. Gegen sie ist von Beling Z. 15, 483/84, Kreß Bayer Z. 2 175, Herrmann 33 u. a. schon mit Recht ausgeführt worden, daß die Justizhoheit ja nur im Rahmen der Gesetze zu verbindlichen Anordnungen ermächtigen kann, die eine Pflicht jemandes begründen. Die Ansicht wird heute in dieser Fassung nicht mehr vertreten.

[15]) Heinze G. S. 14 (1862) S. 454.

[16]) Laband nennt (Staatsrecht III S. 485) als weiteres Beispiel § 20 des Konsulatsgesetzes (Befugnis zur eidlichen Vern. v. Zgn., aber keine Verpfl., sich vern. zu lassen.)

legung des Zeugnisses. Unrichtig ist es allerdings, wenn hierfür die Vorschriften angeführt werden,[17]) die die Befugnis zur Anwendung von Zwangsmitteln erteilen. Vielmehr folgt die Pflicht zur Ablegung des Zeugnisses, die an sich noch nichts mit dem Zwang gemein hat, implicite aus der Aufstellung besonderer Zeugnisverweigerungsrechte.

Den grundsätzlichen Unterschied hat Laband[18]) erkannt, der für den Zeugenbeweis sagt: „Man darf die prozessuale Zulässigkeit des Zeugenbeweises und die Zeugnispflicht nicht verwechseln. Dieser Satz ist von Beling[19]) dahin verallgemeinert, daß beweisrechtlich zulässig jede Anordnung, Ausführung und Benutzung einer Beweisaufnahme ohne Rücksicht auf die Verpflichtung des Betroffenen ist, daß jedoch mangels einer solchen Verpflichtung das tatsächliche Gelingen der beschlossenen Beweisaufnahme vielleicht dahinsteht.

Das Reichsgericht selbst hat sich im 40. Bande zu dieser Ansicht bekehrt,[20]) indem es (im Zusammenhang mit der Frage der Vornahme psychologischer Experimente an Zeugen) ausdrücklich solche Versuche für z u l ä s s i g erklärt, „v o r b e h a l t l i c h d e r F r a g e, in welchem Umfang eine Pflicht zu ihrer Duldung besteht". Es handelt sich also um zwei voneinander ganz unabhängige Fragen. Die Berechtigung schließt noch keine entsprechende Verpflichtung in sich.

Im Verfassungsstaat ist das Machtverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger verfassungsgesetzlich abgegrenzt. Die grundsätzliche Handlungs- und Unterlassungsfreiheit des Individuums hat sich zu einer Statuierung von Menschen- und Bürgerrechten verdichtet, die als „negative Freiheitsrechte"[21]) Aufnahme in die Grundrechte gefunden haben, die, wie schon in den Verfassungen der früheren deutschen Einzelstaaten, jetzt in der Reichsverfassung statuiert sind.[22]) Sie haben ihren Charakter auch dort behalten. Wenn auch den Gesetzgeber der neuen Reichsverfassung nicht der Standpunkt der Abwehr des Individuums gegen die Willkür des Obrigkeitsstaats beseelte, sondern er ein „ausgeglichenes Maß der Rechte des Einzelnen mit seinen Pflichten schaffen wollte,[23]) so tritt in ihnen doch noch das Prinzip der „Freiheit vom Staat" tatsächlich hervor.

Für jede Durchbrechung eines solchen Rechts seitens der Rechtssprechung oder Verwaltung ist ein besonderer gesetzlicher Titel notwendig.[25]) Das gilt auch für den Strafrichter.

---

[17]) John I 724 beruft sich auf Verpflichtung u n d Zwangsmittel.
[18]) a. a. O. II § 90 S. 456.
[19]) Z. 15, 476.
[20]) R. G. St. 40, 50.
[21]) Vergl. Stier-Somlo Staatsr. § 64 III 1, Hubrich 193.
[22]) In Betracht kommen hier die Art. 114 I, 115, 117, 153 R. V.
[23]) Vergl. Bürgers 3, der eine Aeußerung des Abgeordneten Beyerle zitiert.
[24]) Wie weit das nach Meinung mancher Autoren (z. B. Hatschek) gegenüber dem Gesetzgeber der Fall sein soll, ist hier nicht zu erörtern. Die allgemeine Meinung verneint die Frage.
[25]) Vergl. auch Anschütz Preuß. Verf. Urk. 135/36.

Bezüglich der persönlichen Freiheit ist es ausdrücklich hervorgehoben von Beling.[26]) Es gilt aber ebenso für die andern „negativen Freiheitsrechte", die ja hier allein in Betracht kommen, letzten Endes auch alle auf das Recht der persönlichen Freiheit begrifflich zurückzuführen sind, das die einzelnen „Freiheiten" im Grunde mit umfaßt.[27])

Jede strafprozessuale Forschungshandlung, die irgend ein Tun, Dulden oder Unterlassen von dem Privaten verlangt, greift mindestens in eines dieser Rechte ein. Mindestens liegt ein Eingriff in die persönliche Freiheit vor.[28])

Einen Eingriffstitel gewährt nun allerdings nicht nur eine ausdrückliche Bestimmung, sondern jede Rechtsnorm,[29]) die auch durch Gewohnheitsrecht entstehen[30]) und auf dem Wege der Gesetzesinterpretation gewonnen werden kann.[31] Deren anerkannte Regeln, auf die er sich beruft, verletzt aber Kreß,[32]) wenn er zur Gewinnung einer ein solches Grundrecht durchbrechenden Gesetzesbestimmung den Weg der Analogie für zulässig hält. Mögen noch so viel Bestimmungen auch allgemeinerer Natur einzelne Grundrechte durchlöchern, so bleiben sie doch Ausnahmebestimmungen, die sich der Analogie entziehen.[33]) Der grundsätzlichen Berechtigung des Strafrichters zur Anordnung und Erhebung eines Beweises steht daher eine Verpflichtung des hiervon betroffenen Privaten zu einem entsprechenden Tun, Dulden oder Unterlassen grundsätzlich überhaupt nicht, ausnahmsweise nur dann gegenüber, wenn diese Verpflichtung gesetzlich normiert

[26]) Z. 15, 478. Wegner in MKrPs. 1930. Gedenkgabe für Liepmann S. 61, Kreß a. a. O. 176 u. a.

[27]) Anschütz a. a. O. Nachtr. zu Anm. 38. Davon ganz unabhängig ist die Frage, ob die Grundrechte überhaupt und die „Freiheitsrechte" im besonderen subjektiv öffentliche Rechte darstellen. Es wird heut fast allgemein verneint.

[28]) Es ist daher m. E. nicht richtig, wenn Beling (Z. 15 492) sagt, die Pflicht zur Zeugnisleistung rühre nicht an die persönliche Freiheit. Wenn jemand — bei Vermeidung von Strafe und Zwang — als Zeuge fungieren muß, wird ein durch besonderen Titel zu rechtfertigender Eingriff ausgeübt. Beling sagt selbst a. a. O. 490: „Persönlich frei ist nur, wer überhaupt keinen Willenszwang in Ansehung seiner Person erleidet.

Nur Art. 114, II ist enger auf die Freiheit der unmittelbaren räumlichen Bewegung innerhalb des Reichsgebiets (vergl. Hubrich 206) zu beschränken.

Im Grunde ist das Bestehen der Freiheitsrechte auch die gegenwärtige Form, in der sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausdrückt (gl. M. Anschütz RV. S. 300). Denn es ist, wie Laband 2. 173 treffend formuliert, „das Merkmal des Rechtsstaats, daß der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und kein Unterlassen fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes".

[29]) Stier-Somlo § 65 S. 444/445 ff. Anschütz RV. Art. 114, Abs. 4.

[30]) Anschütz a. a. O.

[31]) Kreß a. a. O. 178, Moehring 22/23.

[32]) a. a. O. 176.

[33]) Vergl. Geyer § 42 1 S. 207, Cosack-Mitteis I S. 28.

ist.[34]) [35]) Mayer will[36]) diesen Satz nur für behördliche Handlungen mit ausgesprochenem Zwangscharakter (wie Beschlagnahme und Durchsuchung) anwenden, nicht aber für Verfahren, in denen doch in „erster Linie Beweis erbracht" und der Zwang nur etwas sekundäres sei. Gewiß trägt eine Beweiserhebung als solche keinen Zwangscharakter. In diesem Zusammenhang wird sie aber doch erst erheblich, wenn sie gegen den Willen des Betroffenen durchgesetzt werden soll. Geschieht das, so trägt die Handlung Zwangscharakter, gleichviel, ob der Zwang ein physischer (gewaltsame Durchsetzung der Besichtigung) oder ein psychischer (Zeugenzwang) ist.

Man hat versucht, diesen Titel generell zu gewinnen.[37]) So will Loewe-Rosenberg[38]) sonst fehlende prozessuale Pflichten des Betroffenen unter Zuhilfenahme des § 89 Einl. ALR. einführen.[39]) Diese Ansicht ist aus zwei Gründen unrichtig. Zunächst enthält die erwähnte Bestimmung gar kein unmittelbar anwendbares Recht; sie ist vielmehr programmatischer Natur. Sie wendet sich nur an den Gesetzgeber.[40]) Enthielte aber selbst § 89 mehr, so wäre das hier nur zu beachten als prozessuale Bestimmung. Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze sind aber durch § 6 St.P.O. außer Kraft gesetzt. Der Umweg über eine solche „Generalklausel" ist hier also nicht gegeben.

Die besonderen Titel schafft die Strafprozeßordnung im 6. — 8. Abschnitt. Dort erwähnt sie die Voraussetzungen für Sicherungs- und Benutzungsbefugnisse des Staates bezüglich der einzelnen Beweismittel. Diese Befugnis kann man wiederum in solche unterscheiden, die vi absoluta und solche, die vi compulsiva durchgesetzt werden können. Verpflichtungen der Betroffenen, die mit keinem dieser Mittel wenigstens bis zu einer gewissen Grenze[41]) erzwungen werden können, kennt die Strafprozeßordnung nicht.[42])

---

[34]) Zu weit geht die Ansicht Moehrings (a. a. O.) der von der Voraussetzung einer Verpflichtungsnorm die Zulässigkeit der richterlichen Handlung abhängig macht. Zulässigkeit und Durchführbarkeit sind von einander ganz unabhängig.

[35]) Im Ergebnis gleicher A. schon Brauer (Arch. d. Cr. R. N. F. 1846, S. 602). Er verlangt sogar eine ausdrückliche Befugnis. Ferner implicite gl. A. Rupp S. 266/67, Hermann S. 7, Bennecke S. 265.

[36]) Mayer 31.

[37]) Im Verwaltungsrecht ist das möglich. Vergl. § 10 II 17 A.L.R.

[38]) § 86, Note 3, S. 261.

[39]) Gl. A. auch Delius L. Z. 8 (1914) 1255.

[40]) Vergl. Koch Allgemeines Landrecht, Anm. 24 zu § 89 Einl.

[41]) Z. B. § 70 Abs. 2 St.P.O.

[42]) Die Rechtsordnung kennt wohl solche „leges imperfectae", die eine Verpflichtung ohne Erzwingungsbefugnis schaffen. Vergl. Binding Normen II S. 494, Spohr G.A. 52 S. 291 ff. Dem Strafprozeß sind sie fremd.

Von diesen Durchführungstiteln bestehen nun wiederum Ausnahmen,[43]) die diese Titel außer Kraft setzen oder beschränken, ja teilweise Breschen in den Grundsatz der „Statthaftigkeit" jedes Beweismittels schlagen.[44]) Sie sind geschaffen, um besondere, über die allgemeinen Freiheitsrechte hinausgehende Interessen der Privaten, aber auch öffentlichrechtlicher Körperschaften, ja des Staates selbst gegenüber dem forschenden Auge der Strafrechtspflege zu schützen.

Diese Vorschriften bringt Beling[45]) mit den die strafrichterliche Zwangsgewalt grundsätzlich regierenden Freiheitsrechten — ausdrücklich nennt er allerdings nur das Eigentum — auf einen gemeinsamen Nenner in der Bezeichnung als Beweisverbote.

§ 2.

Die Verpflichtung des Beschuldigten,[46]) sich zur Wahrheitsfindung zur Verfügung zu stellen, hängt in erster Reihe von der Prozeßform ab. Im reinen Anklageprozeß kann diese Verpflichtung schon deshalb nicht bestehen, weil dort der Beschuldigte dem Ankläger als Prozeßsubjekt, ja als Partei gegenübertritt. Angriff und Verteidigung haben gleiche prozessuale Rechte. Der Beschuldigte ist daher nicht verpflichtet, selbst zu seinem Unterliegen beizutragen.[47]) Dem „Gegner" ist niemand die Wahrheit schuldig.

Anders im Inquisitionsprozeß, in dem der Richter von Amts wegen tätig wird. Hier steht der Beschuldigte keiner Partei gegenüber, sondern ist Objekt der Untersuchung und steht zu demInquirenten in einem „disziplinarischen Subjektionsverhältnis".[48]) Hieraus ergibt sich die Verpflichtung des Beschuldigten zur Abgabe einer wahrheitsgetreuen Erklärung und damit unter Umständen zur Selbstbezichtiung.[49])

So kennt der Strafprozeß der römischen Republik, soweit er Anklageprozeß ist,[50]) überhaupt kein „Verhör" des Be-

[43]) Also Ausnahmen von den Ausnahmen.
[44]) Dies geschieht auch anderweit, z. B. auf Grund des Prinzips der Unmittelbarkeit.
[45]) Vergl. Beling Beweisverbote S. 3.
[46]) „Beschuldigter" wird hier wie überall im weitesten Sinne gebraucht, wie auch in d. St.P.O. ohne Rücksicht auf die Terminologie des § 157.
[47]) Vergl. Glaser Handb. § 4 S. 29.
[48]) Vergl. Biener das engl. Geschw. Ger. 1852, Bd. 2, Kap. VIII § 51 S. 129 ff. Glaser 610 a. a. O.
[49]) Zachariae Hdb. II 232, Kronecker Z. 7, 417, Liepmann Z. 44, 647 ff.
[50]) Daneben fanden auch Untersuchungsprozesse statt. Vergl. Zumpt 33/34.
[51]) Wenigstens des freien Beschuldigten wohl aber des Sklaven. Vergl. Zachariae a. a. O. XXIII, 233.
[52]) Z. B. nach dem Plautischen Gesetz, vergl. Zumpt 174/175.

schuldigten,[51]) sondern nur die „interrogatio", die Befragung, ob er sich gegen ein bestimmtes Strafrecht vergangen habe.[52])

Germanischer Rechtsanschauung sind Personen als Beweismittel im heutigen Sinne („Objekte der richterlichen Wahrnehmung") überhaupt fremd. Es mag allerdings nicht richtig sein, wenn dem germanischen Rechtsgang das Wahrheitsstreben überhaupt abgesprochen oder gar das Verfahren als „völlig beweislos"[53]) bezeichnet wird. Nur sind die Mittel zur Erforschung der Wahrheit nicht rationalistischer Natur. „Rationalistische Ueberlegungen sind dem altdeutschen Recht fremd."[54])

Die inquisitorische Benutzung des Beschuldigten konnte erst durch rationale Anschauungen fremder Rechte in Deutschland eindringen. In der 2. Hälfte des 13. Jahrhunderts übernahmen die italienischen Stadtrechte den Inquisitionsprozeß des kanonischen Rechts. Gleichzeitig führten sie das Institut der Folter ein, indem sie auf das römische Recht zurückgriffen.[55]) In dieser Form drang der Inquisitionsprozeß um 1500 in Deutschland ein, zunächst in der Wormser Reformation 1498, Halsgerichtsordnung für Tirol 1499, Radolfzell 1506.[56]) Ihnen folgen die Bamberger Halsgerichtsordnung und die Carolina,[57]) deren Beweistheorie das Geständnis, wenn auch formal auf seine Glaubwürdigkeit zu prüfen, zur für lange Zeit endgültigen regina probationum erhob.[58])

Die Auffassung, daß der Beschuldigte verpflichtet sei, die Wahrheit zu gestehen, überlebt, da im Inquisitionsprinzip begründet, die Folter. Die überall in der Partikulargesetzgebung zum Ersatze eingeführten Ungehorsams- und Lügenstrafen sind nur die Bestätigung desselben Grundsatzes,[59]) der seine scheinbare Notwendigkeit immer wieder erwies, solange das deutsche Strafverfahren sich nicht von dem Mißtrauen befreien konnte, daß es in die Urteilskraft des Richters setzte. So mußte sich mit dem Falle der Ungehorsams-

[51]) Rogge 93 ff.
[52]) Wegner MKrPs. 30, Beiheft 3, 47.
[53]) Vergl. von Kries 24 ff Vargha 130.
[54]) Von Kries a. a. O.
[55]) Wie Vargha 139 bemerkt, ist die Anwendung der Folter in Deutschland immer noch aus dem Glauben des Mittelalters, daß Gott die Unschuld schütze, zu verstehen.
[56]) Es ist bekannt, daß auch die Carolina den Accusationsprozeß weiter zuläßt. Nach der Fassung des Art. 214 ist dieser sogar theoretisch als Normalfall gedacht. „Und wo der beschedigt nit peinlich klagen wolt, so solt dannocht die Oberkeyt den thetter nicht destoweniger von ampts wegen rechtfertigen". Vergl. Ausg. Zoepfl 183. Aehnlich schon Art. 279. Bamb. H.G.O. (Zoepfl a. a. O.)
[57]) Mittermaier Strafv. 1 § 82 Zachariae 2, 256, von Kries 49, Liepmann Z. 44, 651 ff. Glaser Hb. I 94 ist dagegen der Ansicht, daß der entscheidende Wendepunkt des gemeinen Inquisitionsprozesses in der Abschaffung der peinlichen Frage zu erblicken sei. Er hat damit vielleicht insoweit recht, als darin in der Tat nach Jahrhunderten der erste Schritt auf dem Wege zur Anerkennung der Menschenwürde getan wurde.

strafen[60]) die „Kunst" des Inquirierens entwickeln, die mit List und Erzeugung seelischer Qualen erreichen wollte, was bisher mit Gewalt durchgesetzt wurde. Wenn auch Mittermaier schon sagt: „Verweigert der Angeschuldigte beharrlich jede Antwort, so ist schon das Recht des Staats, eine Antwort zu fordern, zweifelhaft,[61]) so zieht er wohl für die Ungehorsamsstrafen, nicht aber für die Inquisitionskunst,[62]) die doch auf demselben Prinzip beruht, die entsprechende Folgerung. Man darf es auch nicht als Zeichen einer neuen Auffassung ansehen, wenn gegen Ende des Inquisitionsprozesses Verbote gegen suggestive und kaptiöse Fragen ergehen.[63]) So begründet Mittermaier[64]) das Verbot der Suggestivfragen damit, daß bei ihrer Anwendung dem Richter die Garantie dafür verloren gehe, daß die Angaben des Angeschuldigten Produkt eigener Wissenschaft und nicht Folge fremder Eingebung seien. Die Verbote gewisser Inquisitionsmethoden erfolgten daher nicht, weil man sie nicht für zulässig, sondern weil man sie nicht für zuverlässig hielt.[65])

Erst mit der Einführung[66]) des Anklageprozesses fiel der Grundsatz, daß der Beschuldigte zur Abgabe einer wahrheitsgemäßen Erklärung verpflichtet sei.

---

[60]) Zachariae scheidet (II § 107 S. 257) in a) Zwangsmittel oder Ungehorsamsstrafen wegen gänzlicher Verweigerung der Antwort, b) wegen Verweigerung bestimmter Antwort, c) Bestrafung wegen erwiesener Lügen, wegen verweigerter Auflösung von Widersprüchen und wegen sogen. frechen Leugnens. Man sieht auch hier, daß der Inquisitionsprozeß die Schuld des Angeklagten von vornherein präsumierte. Daß die Strafe durch ständige Wiederholung und Verschärfung meist einer Erzwingung gleich kam, ist z. B. aus § 363 des Oest. St.G.B. zu ersehen. Vergl. Zach. a. a. O. 258.

[61]) Mittermaier Strafv. I § 82 S. 401, wohl nicht ganz übereinstimmend mit seiner L. v. B. § 23 S. 173. Vergl. S. 11 dieser Abhandlung.

[62]) Wenn er auch deren Anwendung in einer den Richter entwürdigenden Weise tadelt.

[63]) Anderer Ans. Liepmann Z. 44, 651.

[64]) Mittermaier a. a. O. § 107, S. 492.

[65]) Auch Klein, auf den sich Liepmann für seine insoweit abweichende Ans. beruft, hält, was gegen die äußeren Feinde Rechtens ist, für den inneren Feind erlaubt. Wenn der Kunstgriff des Richters dem Beschuldigten eine Anzeige entreiße, welche in der Folge als wahr befunden wird, so könne der Verbrecher sich ebenso wenig über Verletzung seiner Rechte beklagen wie ein überlisteter Feind. Fraglich sei nur, ob nicht aus Gründen des Gefühls für Edelmut und Anstand unter Umständen anders zu entscheiden sei. Vergl. Klein Arch. d. Criminalr. 1799, S. 54, 2. Stück. — — Ebenso sagt Stuebel (Criminalverf. 1811, 4. Bd. § 1982) da jede Frage, welche Gelegenheit zu einer unwahren Antwort geben könne, zweckwidrig sei, ... bedürfe es keines Beweises, daß der Inquirent sich aller eingehenden Fragen zu enthalten habe. Wenn Stuebel in § 1996 sogar verfängliche Fragen mit der Begründung zuläßt, daß die Verleitung nur darin bestehe, die wahre Wissenschaft zu verraten, es habe mit der Glaubwürdigkeit nichts zu tun, so ist ersichtlich, daß er die Frage der Zulässigkeit nur unter dem Gesichtspunkt der tunlichsten Wahrheitsermittlung prüft.

[66]) So in Preußen durch Verordnung vom 3. 1. 1849. Vergl. § 18 dieser V.O.

§ 3.

Die geltende Strafprozeßordnung kennt keine Vorschrift, die irgend eine Nötigung des Angeklagten zur Aussage gestattet; sie weist vielmehr den Richter ausdrücklich an, (§ 136) den Beschuldigten zu befragen, „ob" er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle. Das „Verhör" ist zu einem „Gehör" geworden;[67]) unzulässig ist daher jeder physische oder auch nur psychische Zwang zur Aussage,[68])

Der Vorschrift des § 136 St.P.O. liegt der Satz „nemo tenetur se ipsum accusare" zu Grunde. Dieser Satz, den Kohler[69]) als selbstverständliches Menschenrecht und ersten Grundsatz für jeden, der die menschliche Persönlichkeit anerkennt, bezeichnet, folgt ohne weiteres aus der Natur des reinen Anklageprozesses.[70]) Er folgt aber nicht ohne weiteres aus dem Anklageprozeß der geltenden Strafprozeßordnung. Dieser ist kein „reiner" Anklageprozeß; der Richter wartet zwar die Anklage ab, (§ 151) ist aber nach deren Erhebung dominus litis. Vielmehr handelt es sich um einen Anklageprozeß mit Instruktionsmaxime, ohne Dispositionsgewalt der „Parteien". Beling[71]) spricht daher im Anschluß an Gneist von einem „halben" Anklageprozeß. Aus diesen Gründen und vor allem mit Rücksicht darauf, daß die Staatsanwaltschaft auch zur Entlastung des Beschuldigten tätig werden kann (§ 296 II St.P.O.) und muß (§160 II) wird der Parteibegriff für den Strafprozeß vielfach überhaupt verneint. So leugnet ihn z. B. Graf Dohna[72]) mangels gegensätzlicher Interessen, da das Ziel der Staatsanwaltschaft keineswegs schlechthin auf Verurteilung, sondern nur auf Verurteilung des Schuldigen gerichtet sei, und will nur einen formellen Parteibegriff gelten lassen.[73]) Andere[74]) sehen den Beschuldigten überhaupt nicht als Prozeßsubjekt, sondern lediglich als Rechtssubjekt an.

Zum mindesten kann nicht so selbstverständlich angenommen werden, daß der Ausschluß des erzwungenen Verhörs auf der Erwägung beruhe, daß man „seinem Gegner die Wahrheit nicht schuldig sei".[75]) De lege lata unrichtig ist die Be-

---

[67]) Auch im Inquisationsprozeß herrschte der Grundsatz, daß niemand „ungehört" verurteilt werden dürfe. Zweck des Verhörs war dies aber erst in letzter Linie.

[68]) Der Angeklagte braucht sich daher auch nicht mehr zu „verantworten". Er kann abwarten, daß ihm die Tat nachgewiesen werde. Mit Recht rügt Minde (Recht 1916 S. 113) den heute noch üblichen Fehler vieler Staatsanwälte und Ermittlungsrichter, um „verantwortliche" Vernehmung des Beschuldigten zu ersuchen. Noch krasser ist es, wenn sogar „gemäß § 136 St.P.O." hinzugefügt wird.

[69]) Kohler, Moderne Rechtsprobleme S. 70.

[70]) Vergl. Biener A. a. O. Bd. 2 Kap. 8 § 51 S. 130, Vargha 515.

[71]) Beling Lehrb. 132.

[72]) Graf Dohna Lehrb. S. 4.

[73]) Graf Dohna Lehrb. S. 44.

[74]) Z. B. Heinze G.A. 24, 268, dem sich Rosenberg Z. 26, 356 ff anschließt.

[75]) Birkmayer 295, 376, im Anschluß an ihn Henschel G.S. 71, S. 21 Beiheft.

merkung Henschels,[76]) der Beschuldigte sei nicht verpflichtet, dem Ankläger den „Beweis zu erleichtern". Den Staatsanwalt trifft ebenso wenig wie den Beschuldigten eine „Beweislast".

Die Erwägung Henschels gibt überhaupt nur dann den Ausschlag, wenn es sich um einen Anklageprozeß mit dem Verletzten als Privatkläger handelt.[77]) Es folgt also keineswegs von selbst aus der gegenwärtigen Prozeßform qua „Accusationsprozeß", daß der Beschuldigte nicht die Wahrheit zu sagen verbunden ist. Aus der Geschichte des Gesetzes ist auch keineswegs zu entnehmen, daß sich der Gesetzgeber von solchen oder ähnlichen Gedanken bei der Schaffung des § 136 hat leiten lassen. Die Motive sprechen von dem „Schutz" des Beschuldigten gegen „ungehörige Zumutungen".[78]) Dem Gesetzgeber ist es darum zu tun gewesen, dem Beschuldigten einen Gewissenskonflikt zu ersparen,[79]) wie er auch ausdrücklich als notwendiges Korrelat[80]) das Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 55 St.P.O. geschaffen hat. Dieses Motiv des Gesetzes zeigt sich vor allem auch darin, daß, wenn kein solcher Konflikt besteht, der Beschuldigte dem sogenannten Gegner durchaus „Beweis liefern" muß.

Erklärt sich der Beschuldigte,[81]) so kann seine Aussage auch zu seinen Ungunsten verwertet werden. Diese Befugnis folgt schon aus § 261 St.P.O. Das ist aber nicht dahin zu verstehen, daß die Vernehmung zu einem Verhör wird. Es ist daher m. E. nicht zutreffend, wenn mitunter gerade von radikalen Vertretern des Accusationsprinzips gesagt wird,[82]) die Vernehmung werde sich bei Aussagebereitschaft des Be-

---

[76]) Henschel a. a. O. 19.

[77]) Vergl. Biener Gesch. d. Inquis. Proz. S. 138, zit. Vargha 188. Biener fährt dann a. a. O. fort. Sobald aber der Staat in Bezug auf die öffentliche Wohlfahrt Anteil nimmt(durá öffentliche Ankläger oder inquirierende Richter) so ist der Angeschuldigte verbunden, die Wahrheit zu sagen. Biener vertritt allerdings in Geschwor.-Gericht II, 131 eine hiervon abweichende Ansicht.

[78]) Vergl. Motive § 123 Hahn, Mat. III, 1, S. 139.

[79]) Zugegeben werden muß freilich, daß im Inquisitionsprozeß diese Rücksicht nicht durchführbar ist. Damit folgt aber noch nicht, daß im Anklageprozeß, so wie er jetzt ist, das Verhör des Beschuldigten fallen mußte, „weil" niemand „seinem Gegner" die Wahrheit schuldig sei. Vielmehr ist die Durchführung des obigen Satzes möglich, weil kein disziplinarisches Subjektionsverhältnis (vergl. Biener a. a. O.) zwischen Staat und Beschuldigten mehr besteht.

[80]) Vergl. Motive Hahn Mat. III, 1, S. 108.

[81]) Im Zusammenhang damit steht die Frage, ob der Beschuldigte berechtigt ist, unwahre Angaben zu machen; das verneint z. B. Graf Dohna a. a. O. 102, ähnlich Gerland 138 a. M. Henschel S.28. Eine sittliche Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Erklärung behauptete z. B. Sündelin G.A. 6, 629 ff. Abgesehen davon, daß oft sittlich beachtliche Gründe Anlaß zum Schweigen geben können oder auch zu irreführenden Angaben (z. B. um einen nahestehenden Dritten zu schonen) ist mit Kronecker Z. 26, 418 zu verneinen, daß aus einer positiven Beantwortung der Frage irgend eine rechtliche Folgerung zu ziehen sei. Die Frage wird für die Strafzumessungsgründe von Belang. Vgl. R.M.G. 8, S. 207 ff.

[82]) Dieser Ansicht von Kries 398, Gerland 238, Henschel 38.

schuldigten ebenso gestalten wie die des Zeugen.[83]) Es ist sehr wohl zulässig und mitunter geboten, einen Zeugen, der mit der Wahrheit nicht recht heraus will, in Widersprüche zu verwickeln und ihn unsicher zu machen, da der Zeuge verpflichtet ist und sogar beschworen hat, die Wahrheit zu sagen. Suggestivfragen sind hier lediglich im Wahrheitsinteresse zu vermeiden. Was Mittermaier über die Zeugenvernehmung sagt, den über das Erhebliche schweigenden Zeugen auf „Nebenumstände" zu führen, deren Angabe ihn zur Erzählung des Uebrigen nötigt,[84]) gilt insoweit noch heute. Zeugen werden nicht g e hört, sondern v e r hört. Es ist nicht richtig, daß der Richter die Aussage des Zeugen so entgegennehmen muß, wie dieser aussagen will.[85]) Wohl ist das aber beim Beschuldigten der Fall. Es liegt keine Freiwilligkeit der Aussage mehr vor, wenn er durch Querfragen in die Enge getrieben wird,[86]) zumal wenn man bedenkt, daß der Richter fast immer juristisch gewandter als der Beschuldigte ist und ihn „überlisten" könnte. Zudem soll die Vernehmung gemäß § 136 St.P.O.[87]) dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen. Man wird nun daraus nicht folgern können, daß die Vernehmung lediglich dem Zweck der Verteidigung diene[88]) und die Verwertung von Tatsachen ein gelegentliches[89]) oder gar zufälliges Nebenergebnis sei. Soweit sich die Vernehmung in den angegebenen Grenzen hält, insbesondere aus dem Beschuldigten nicht mehr „herausgeholt" wird, als er wirklich sagen will, kann in zweiter Linie sehr wohl die materielle Wahrheit erforscht werden, deren Feststellung zudem oft genug im eigensten Interesse des Beschuldigten liegt,[90]) wenn nur in erster Reihe das Verteidigungsinteresse gewahrt wird.[91]) Die Vernehmung ist — auch zum Zwecke der Wahrheitsermittlung —, da nicht verboten,[92]) prozessual zulässig; nur hängt die Durchführung von dem w o h l v e r-

---

[83]) Nach Criminal Eveidence Act 1898 v. 12. 8. 1898 ist jede Person, die wegen einer strafbaren Handlung angeklagt ist, „gesetzlich zulässiger Zeuge". Vgl. Rathenau Z. 22, 522, Wilke G.A. 73, 81.

[84]) Mittermaier Strafv. I § 97, S. 455.

[85]) wie es Kries a. a. O. behauptet.

[86]) Gleicher Meinung auch Kohler G.A. 60, 215, im übrigen greift der Satz „nemo se accusare tenetur" in seiner Wirksamkeit über Beschränkungsverbote der persönlichen Freiheit i. e. S. i n s o w e i t erheblich hinaus. (Z. B. Unzulässigkeit des Hinweises auf die etwaigen Vorteile eines Geständnisses.)

[87]) § 136 gilt auch entsprechend in der Hauptverhandlung. Vgl. § 243, 3 St.P.O.

[88]) So RG. RSpr. 5, S. 785.

[89]) Beling Lehrb. 311.

[90]) Vgl. Bericht d. Kommission Hahn Mat. III, 2, 1531.

[91]) Vgl. Entwurf 1909, sachlich gleicher Meinung auch Mezger Z. 40, 154. Loewe-Rosenberg zu § 136, N. 1.

[92]) § 136 enthält nicht etwa ein Verbot nach der Wahrheit zu forschen, sondern gibt dem Richter im Abs. 2 eine Anweisung, worauf er b e i der Vernehmung — der Begriff ist weitergehend als der Inhalt des § 136, 2 — in erster Linie sein Augenmerk richten soll.

standenen Willen des Beschuldigten ab. Das ist auch der Standpunkt des Gesetzgebers gewesen;[93]) insoweit hat Mezger[94]) recht, wenn er die Vernehmung des Beschuldigten „materiell" Beweisaufnahme[95]) [96]) nennt.

§ 4.

Da das Gesetz auf dem Standpunkt steht, daß dem Beschuldigten nicht zugemutet werden kann, aktiv zu seiner Ueberführung beizutragen, fehlt auch jeder Titel zur Erzwingung von anderweiten Handlungen des Beschuldigten. So ist vor allem die Erzwingung der Herausgabe von Sachen durch die Zwangsmittel des § 95 II unstatthaft.[97]) Die Person des Beschuldigten findet zwar in § 95 überhaupt keine Erwähnung. Aus der Fassung des Gesetzes (Abs. II, 2) muß aber angenommen werden, daß das Gesetz die Herausgabepflicht überhaupt nur für solche Personen angewendet wissen will, die als Zeugen in Betracht kommen können.[98])

Aber auch zu anderen Tätigkeiten ist der Beschuldigte nicht verpflichtet. Er braucht daher weder in einer bestimmten Kleidung vor Gericht zu erscheinen, noch überhaupt eine Körperbewegung zum Zwecke der Beweiserbringung auszuführen. Im Laufe des Jahres 1930 war in den Zeitungen zu lesen der Düsseldorfer Mörder sei gefunden; man habe ihn eine Handschriftprobe anfertigen lassen und durch Vergleichung dieser Handschrift mit der der Briefe, die der Mörder anonym an die Polizeibehörden gerichtet habe, die Identität des Briefschreibers mit dem jetzt Beschuldigten festgestellt. Der angebliche Mörder wäre zur Herstellung dieser Proben nicht verpflichtet gewesen.[99])

Sehr häufig werden beweiserhebliche Gegenstände vom Beschuldigten verschluckt, um sie dem Gericht unzugänglich zu machen. Er entsteht daher die Frage, ob durch erzwungene Verabfolgung eines Brech- oder Abführmittels der Gegenstand wieder ans Tageslicht befördert werden kann. Diese

---

[93]) Vgl. Bericht der Kommission Hahn a. a. O.

[94]) Mezger a. a. O.

[95]) Ohne diesen beschränkenden Zusatz tut dies Rosenfeld Lehrb. S. 179, verkennt allerdings dabei nicht, daß die Gesetzesterminologie anders lautet (§ 244, 1 St.P.O.) Vgl. hierzu noch RG. RSpr. 5, 785.

[96]) In erster Linie bleibt die Vernehmung ja auch Anhörung. Nicht beizutreten ist daher von Hippel Z. 41, 335 der in der Vernehmung gleichermaßen die Ermittlung der belastenden und entlastenden Umstände sieht.

Im Ergebnis ist gleicher Meinung wohl auch Hugo Meyer; die Parteien im Strafprozeß S. 18/19.

[97]) Der Herausgabezwang gemäß § 95 ist kein Eingriff in das Eigentum, sondern in die persönliche Freiheit durch Ausübung eines compulsiven Zwanges.

[98]) Gl. M. von Kries 290, Loewe-Rosenberg § 95 Anm. 3. Für den Beschuldigten fehlt also eine Erzwingungsbefugnis, es liegt nicht, wie bei den in § 95 II 2 genannten Personen, ein formelles Beweisverbot vor.

[99]) Grundsätzlich gl. M. Kreß a. a. O. 225, Beling Lb. 310/11.

Frage ist an dieser Stelle nur unter dem Gsichtspunkte zu prüfen, ob das in dieser Weise erzwungene Vonsichgeben des Gegenstandes eine aktive Mitwirkung darstellt. Das wird in der Tat behauptet. Kronecker[100]) bezeichnet das Brechmittel als „abstrakt unzulässig" wie „die Folter". Hermann[101]) führt diesen Gedanken weiter dahin aus, Bewegungen seien willkürliche oder unwillkürliche. Da es in der Willkür des Beschuldigten liege, ob er sich auf die Beschuldigung erklären wolle, trage er, wenn auch nur durch eine Reflexbewegung, ebenso zur Ermittlung des Sachverhalts bei, als wenn er durch Foltermittel zur Aussage gezwungen werde, da der Durchschnittsmensch nicht die Willenskraft besitze, auf die Dauer körperlichen Schmerzen zu widerstehen. Es liege daher ein Verstoß gegen § 136 St.P.O. vor.

Als eine Erklärung wird man das Vonsichgeben eines Gegenstandes gewiß nicht auffassen können. Eine solche ist doch nur Produkt einer wenn auch nicht notwendig freiwilligen Ueberlegung, mag sie sich durch Sprechen oder sonstige Körperbewegungen, wie etwa Kopfschütteln oder Handbewegungen kundtun, die einen bestimmten Ausdrucksgehalt haben.

Das trifft aber nicht einmal bei der freiwilligen Herausgabe von Gegenständen[102]) zu.

Man kann die Frage höchstens unter dem Gesichtspunkt der Sacheneditionspflicht betrachten. Nun sagt Hermann aber selbst a. a. O.: „noch weniger ist es einem Menschen möglich, die Reaktion eines Nervs auf eine bestimmte Körperfunktion zu verhindern". Er verwechselt damit aber die compulsive Gewalt der Folter (quamvis coactus tamen voluit) mit dem absoluten der Magenpumpe oder des Abführmittels. Ein compulsiver Zwang zur Herausgabe besteht für den Beschuldigten allerdings nicht, wohl aber ein absoluter, indem ihm ein Gegenstand sehr wohl gegen seinen Willen gewaltsam weggenommen werden kann.[103]) Auf d i e s e Weise läßt sich die Frage also keinesfalls verneinen. Es wird weiter unten geprüft werden, ob ein D u l d u n g s z w a n g für den Beschuldigten aus anderen Gründen entfällt.

§ 5.

Nach Kohler[104]) gehört es auch zur Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit, niemand gegen seinen Willen als Werkzeug gegen sich selbst zu benutzen. Auch das sei das

---

[100]) Kronecker G. A. 29, 318.
[101]) Hermann 9 ff.
[102]) Etwas ganz anderes ist es, wenn jemand einen Gegenstand nicht „herausgibt" sondern, um damit irgend einen Gedanken auszudrücken, überreicht (z. B. Uebersendung der „seidenen Schnur".)
[103]) Hier liegt der Unterschied zur Frage der Hypnotisierung. Beide Methoden sind gewaltsam. Die gewaltsame Wegnahme ist aber erlaubt, während die gewaltsame Erzwingung einer Erklärung ausdrücklich (§ 343 St.G.B.) verboten ist.
[104]) Probleme des Strafprozesses 70.

Mindestmaß jedes Menschenrechts.[105]) Was aber Menschenrecht, was Menschenwürde ist, „darüber werden sich wohl Generationen noch den Kopf zerbrechen".[106]) Der Gesetzgeber ist jedenfalls dieser Anschauung nicht gefolgt, nicht so sehr, weil er anderer Ansicht wäre, sondern weil er gegenüber diesem Verlangen der Persönlichkeit das Staatsinteresse für stärker hält.

So ist der Beschuldigte und überhaupt jeder, der als Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung oder als Begünstiger oder Hehler verdächtig ist, zur Duldung der Durchsuchung seiner Person verpflichtet und zwar (außer zum Zwecke seiner Ergreifung), wenn zu vermuten ist, daß die Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln führen werde (§ 102 St.P.O.).

Ebenso muß er eine Untersuchung seines Körpers dulden. Man wird hier zu scheiden haben: 1. der Körper wird nach Gegenständen durchsucht, die am oder im Körper, z. B. Körperöffnungen verborgen sind, 2. der Körper wird nach einer bestimmten Beschaffenheit „untersucht". Im ersten Falle liegt unstreitig Durchsuchung vor. Der 2. Fall, die eigentliche Untersuchung des Körpers[107]), wird vielfach als ein Unterfall der Durchsuchung angesehen. Zu diesem Ergebnis kommt der Sache nach schon Brauer.[108]) Da sich Augenscheinseinnahme und Durchsuchung nicht trennen lasse, seien beide Institute unter dem Begriff der gerichtlichen Nachforschung zu erfassen. Aus denselben Gründen faßt Kreß[109]) die körperliche Untersuchung als einen Fall der Durchsuchung auf. Beling[110]) führt in dieser Hinsicht aus, Durchsuchung der Person sei eine solche, die am Leibe der Person suche. Was gesucht werde, sei gleichgültig. Der Begriff der Durchsuchung der Person sei daher weiter als der der körperlichen Untersuchung. Auch wenn der Körper auf eine gewisse Beschaffenheit durchsucht werde, sei doch Zweck schlechthin ein Finden.[111]) Es liege daher eine Kombination von Augenscheinseinnahme und Durchsuchung vor. Alle diese Schriftsteller und Entscheidungen stimmen darin überein, daß mindestens eine Durchsuchung der Augenscheinseinnahme vorausgehe.

---

[105]) In der Durchführung konnte ihm Kohler selbst nicht treu bleiben. Vgl. Kohler GA. 60, 215.

[106]) Beling Beweisverb. 37.

[107]) Beling definiert sie (Z. 15, 472) als auf sinnliche Wahrnehmung der physischen Beschaffenheit eines menschlichen Körpers, den letzteren unmittelbar erfassende Tätigkeit einer Person, mag sie sich auf Körperteile erstrecken, die für gewöhnlich verhüllt getragen werden . . . . oder nicht, mag die Ermittlungstätigkeit ein inneres oder äußeres Organ betreffen. Dieser Definition ist beizutreten.

[108]) Brauer im Arch. f. Crim. R. 1846, 587 ff.

[109]) a. a. O. 220.

[110]) a. a. O.

[111]) Im Ergebnis gl. A. außer den bisher genannten Puchelt 222, R.G.St. 14, 193, Rupp 256, Spitznagel 43, Loewe 10. Aufl. § 86 Anm. 3a Friedrichs Z. Z. P. 19, 395, Delius 1255, Müller Bayr. Z. 1, 449, Beling Lehrb. 508.

Dieser Ansicht ist indessen nicht beizutreten. Daß ein Augenschein häufig in eine Durchsuchung übergehen kann und ebenso umgekehrt, soll nicht bestritten werden. Das kann aber kein Grund sein, ihre rechtlich verschiedene Bedeutung zu leugnen.[112]) Deshalb ist es auch sehr wohl möglich und auch vielleicht häufig, daß der Untersuchung eine Durchsuchung vorausgeht, ja sogar, daß beide Akte zusammenfallen.[113]) Unrichtig ist dagegen, daß sie das in allen Fällen tut. Beling nennt Zweck jeder Durchsuchung ein Finden. Gefunden werden sollen aber nach § 102 Beweisobjekte. Ein solches ist in diesem Falle aber der Körper selbst, der ja, wie Beling selbst sagt, auf seine physische Beschaffenheit untersucht werden soll. Die einzelnen Besonderheiten, die dieser von Natur aus oder auf Grund gewisser Einwirkungen aufweist, gehören doch, wie Moehring[114]) richtig bemerkt, zur Pertinenz des Körpers, sind Bestandteile seiner Substanz. Ihre Wahrnehmung ist daher schon als Verwertung eines Beweismittels aufzufassen. Der Umstand, daß die Beschaffenheit des Körpers im Ergebnis mitunter nicht beweiserheblich ist, kann daran nichts ändern: denn die Frage der Erheblichkeit gehört zur Würdigung eines Beweisergebnisses und berührt die prozessuale Natur des Beweismittels nicht. Ist also die Untersuchung selbst Augenscheinseinnahme, so könnte als Durchsuchung höchstens der Akt in Betracht kommen, der die Augenscheinseinnahme ermöglicht, also die Befreiung des Körpers von Hindernissen, soweit solche vorhanden sind. Deshalb hält Herrmann[115]) bei in der Regel unbekleideten Körperstellen eine vorherige Durchsuchung nicht für notwendig, da sie dem Auge des Beschauers offen liegen. Bei bekleideten Körperstellen hält er dagegen eine Untersuchung ohne eine Durchsuchung nicht für möglich. Den Akt der Befreiung der in Betracht kommenden Körperstelle von den Kleidungsstükken kann man aber m. E. schon deshalb nicht „Durchsuchung" nennen, weil der Begriff Suchen und erst recht das Intensivum Durchsuchen voraussetzt, daß man etwas finden will, dessen Vorhandensein man zwar vermutet (§ 102) oder auf Grund gewisser Tatsachen, die hierfür sprechen (§ 103) annehmen kann; er paßt aber nicht für eine Tätigkeit mittels der etwas zwecks Besichtigung von einer die Betrachtung hindernden Hülle befreit wird; das ist gar kein suchender Akt; denn man weiß doch in diesem Fall ganz genau und braucht es nicht erst mittels gewisser Anhaltspunkte zu schließen, daß unter der Bekleidung der Körper steckt. Man findet ihn nicht, sondern hat ihn schon, nur noch nicht in dem notwendigen Zustande.[116]) Auch andere Augenscheinsobjekte

---

[112]) gl. M. Zachariae 2. S. 169.

[113]) Arthur Mayer 25.

[114]) Moehring 11.

[115]) Hermann 4.

[116]) Nicht einmal die Kleider werden durchsucht. Geschieht das doch, so liegt ein ganz anderer Fall vor, der aber auch nicht als Durchsuchung der Person anzusehen ist. Vgl. RG. RSpr. 9, 505, R.G St. 16, 220. Kreß 219, Beling a. a. O. 473, Anm. 1.

sind nicht immer ohne Beseitigung von Hindernissen zu besichtigen. Der Grad, in dem das Objekt dem Beschauer offen liegt, kann für die Natur eines prozessualen Aktes nicht maßgebend sein. Die Bekleidung hat mit dem juristischen Begriff der Durchsuchung nichts zu tun.[117]) Der Akt der Entfernung der Kleider ist doch nur eine Hilfshandlung. Entscheidend für den prozessualen Charakter einer Untersuchungshandlung ist der Zweck,[118]) der mit ihrer Vornahme erstreckt wird. Maßgeblich ist also weder die Art des angewandten Hilfsmittels noch ein zufällig eingetretener Erfolg, wie wenn etwa bei der Untersuchung ein beweiserheblicher Fremdkörper gefunden wird. Die körperliche Untersuchung ist daher samt den sie ermöglichenden Handlungen als Augenscheinseinnahme anzusehen.[119])

Die Verpflichtung des Beschuldigten, die Vornahme dieses Aktes zu dulden, ergibt sich also nicht ohne weiteres aus § 102 St.P.O., wie es die gegnerische Lehre von ihrem Standpunkt aus folgerichtig tut, bedarf vielmehr eines „besonderen Titels".

Es braucht an dieser Stelle nicht mehr auf die Ansichten eingegangen zu werden, die eine Duldungspflicht aus ihrer praktischen Notwendigkeit begründen oder jeder „Berechtigung" korrespondieren lassen. Es wurde auch schon dargetan, daß ein solcher Titel nicht durch Anwendung des § 89 Einl. A.L.R. zu gewinnen ist.

Auch mittels Analogieschlusses aus § 102 ist eine Verpflichtung des Beschuldigten zur Gestattung der Augenscheineinnahme nicht herzuleiten,[120]) weil, wie oben erwähnt, ein die persönliche Freiheit beschränkender Rechtssatz per analogiam nicht gewonnen werden kann.[121])

Aus demselben Grunde muß auch die Argumentation Kreß[122]) scheitern, der darauf gestützt, daß die Strafprozeßordnung die Entscheidung über die verschiedenartigen für die Durchführung des Strafverfahrens unentbehrlichen Zwangsmaßregeln grundsätzlich in die Hände des Richters gelegt habe, diesen Satz dahin umkehren will, daß jede Entscheidung, die in Durchführung des Strafverfahrens ergehe, erzwingbar sei. Mit der Aufstellung dieses Satzes setzt sich aber Kreß in Widerspruch mit seinem Zugeständnis, daß jede Verpflichtung des Staatsbürgers, die Durchführung zu dulden, auf einem Rechtssatze beruhen müsse; denn dieser Satz stünde lediglich auf dem Papier, wenn fehlende Befugnisse damit ge-

---

[117]) Rosenmeyer a. a. O. 44.

[118]) Mayer 21.

[119]) Gl. A. Voitus contr. 21, 276, Geyer Lehrb. 563, 2 Zachariae 2, 169, von Kries 410, Rosenmeyer 44, A. Mayer 49, Mochring 13, Graf Dohna 112 Anm. 1. 115, Gerland 249, Loewe-Rosenberg 18. Aufl. § 86 Anm. 3.

[120]) Dieser Insicht ist Graf Dohna 112.

[121]) Die Analogie zur Zeugnispflicht, die mitunter angewendet wird, kommt für den Beschuldigten nicht in Betracht.

[122]) Kreß a. a. O. 204.

schaffen würden, daß das angebliche Ueberwiegen der positiven Ermächtigungsnormen eine allgemeine Ermächtigung des Richters zu Folge habe.

Von Kries stützt sich[123]) unter anderem darauf, daß die früheren Prozeßgesetze, insbesondere die der deutschen Einzelstaaten, eine Verpflichtung, die Besichtigung des Körpers zu dulden, ausdrücklich ausgesprochen hätten und es sich nicht dartun lasse, daß der Gesetzgeber der geltenden Strafprozeßordnung sie durch konkludentes Schweigen habe beseitigen wollen. Als Beispiel führt er u. a. die Badensche, Württembergische und Sächsische Strafprozeßordnung an. Diese Gesetze enthalten zwar genaue Bestimmungen darüber, in welcher Weise der Augenschein einzunehmen sei, sie sagen aber nichts über eine entsprechende Verpflichtung des Betroffenen.[124]) Wäre es selbst anders, so hat doch § 6 R.St.P.O. alle landesrechtlichen Vorschriften, soweit nicht in der Strafprozeßordnung auf sie verwiesen ist, außer Kraft gesetzt, sodaß es keiner ausdrücklichen Aufhebung dieser Gesetze, wie Kries meint, bedurfte.

In anderer Weise sucht Kreß eine historische Begründung. Er führt aus, im gemeinen Inquisitionsprozeß und auch im reformierten Anklageprozeß sei die Augenscheinseinnahme erzwingbar gewesen. Den so gestalteten Augenschein hätten die Redaktoren der geltenden St.P.O. vorgefunden und da er „mit keiner Silbe die Absicht der Aenderung der bisherigen Grunsätze habe ahnen lassen", könne es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, durch Ausschließung der Duldungspflicht ein ganz anders Rechtsgebilde zu schaffen. Mit Hilfe der historisch-komparativen Methode sei daher auch de lege lata das Recht zur Augenscheinseinnahme mit verpflichtender Wirkung für den Betroffenen statuiert. Diese Interpretation besticht zunächst in der Tat. Gleichwohl ist sie nicht richtig. Es war zunächst schon zu Zeiten der Einführung des reformierten Anklageprozesses keineswegs anerkannten Rechts, daß jeder sich eine körperliche Untersuchung gefallen lassen müsse. Wenn allerdings Mittermaier in Zweifel stellt,[125]) ob der Inquirent sogleich, wie es ihm beliebe, ein angeblich genotzüchtigtes Mädchen einer Besichtigung unterwerfen könne, so will er damit nur das Gebot „doppelter Vorsicht und Schonung"[126] statuieren. Aber schon Brauer[127]) fordert eine ausdrückliche Ermächtigung durch das Gesetz.

---

[123]) von Kries Lehrb. 410 Text und Anm. 1.

[124]) Spricht auch Art. 112 der Würtemb. St.P.O. davon, daß eine der . . Aussetzung eines Kindes hinreichend verdächtige Person von einer Hebamme oder einem Hebarzte nötigenfalls von einem Gerichtsarzte untersucht werden „soll", so bezieht sich dieser Imperativ doch offensichtlich nur auf die Beiziehung ein der genannten Personen, schreibt ein bestimmtes Verfahren vor, ohne sich über die Duldungspflicht zu äußern. Die Frage kann heut als ausgetragen angesehen werden. Vgl. Beling Z. 15, 483, Herrmann 30 ff., Kreß 202.

[125]) L. v. B. 174, Anm. 18.

[126]) a. a. O. Punkt 8.

[127]) a. a. O. 602.

Auch Kreß muß zugeben, daß eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht niemals bestand. Die Gesetze haben, wie Kreß selbst ausführt[128]) die ausdrückliche Bestimmung nicht für notwendig gehalten, weil es selbstverständlich war, daß an sich rechtmäßige Akte auch geduldet werden mußten. Allein schon die oben genannte württembergische St.P.O. hebt in Art. 141[129]) ausdrücklich die Pflicht zur Zeugnisablegung hervor, ebenso die übrigen Particulargesetze,[130]) halten also eine besondere Statuierung von Pflichten für notwendig, ohne eine entsprechende Bestimmung für die Augenscheinseinnahme zu treffen. Schon damals galt das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung auch in diesen Staaten. Dem hat der damalige Gesetzgeber Rechnung getragen durch Schaffung besonderer Verpflichtungsnormen. Wenn nun die Redaktoren der Strafprozeßordnung eine besondere diesbezügliche Bestimmung nicht geschaffen haben, so ist es sicher richtig, daß sie damit die Verpflichtung nicht ausschließen wollten. Mindestens beim Beschuldigten hätten sie erkannt, daß eine derartige Maßnahme auch gar nicht mit den Interessen der Rechtspflege vereinbar sei.

Die Motive lassen auch einen Ausschluß der Duldungspflicht nicht erkennen, noch viel weniger aber, daß der Gesetzgeber sie auch nur implicite schaffen wollte. Vielmehr ist sogar ausdrücklich gesagt, daß die §§ 78—84 des Entwurfs weniger legislativer als instruktioneller Art sind.[131]) Der Gesetzgeber hat also dieses Problems überhaupt nicht gedacht. Mag sein, daß es sein stillschweigender Wille war, die Duldungspflicht zu bejahen. Gesetz wird aber nur der (im Gesetz selbst) „erklärte Wille" des Gesetzgebers.[132]) Den heutigen Prozeßvorschriften ist die Erzwingbarkeit nicht immanent;[133]) der Augenschein ist kein anderes Rechtsgebilde, wenn er nicht erzwingbar ist,[134]) sondern ein selbständiges innerbeweisrechtliches Institut, dem eine ebenso selbständige Verpflichtung gegenüberstehen kann, aber nicht gegenüber zu stehen braucht. Deshalb wird gerade die Anwendung der historisch-comperativen Methode hier das Gegenteil der Kreßschen Auffassung zeitigen. Hätte Kreß recht, so wäre heute noch jede beweisrechtliche Anordnung erzwingbar, weil sie früher selbstverständlich erzwingbar war, wenn keine entgegenstehende Vorschrift vorhanden wäre.[135])

---

[128]) a. a. O.

[129]) Zit. Hahn Mat. III. 102.

[130]) Art. 128 der Hessischen, § 104 der Badischen St.P.O. zit. a. a. O. 103/105.

[131]) Hahn a. a. O. 123, auch Protok. u. Ber. d. Kom. erwähnen nichts diesbezügliches a. a. O. 1, 620, 2, 1526/27.

[132]) Beling Z. 15, 498.

[133]) Vgl. auch Heldmann a. a. O. 413.

[134]) Auch A. Mayer, der im übrigen auf anderem Standpunkt steht, gibt Seite 31 zu, daß der Zwang nicht zum Begriff des Augenscheins gehört. Er zieht daraus allerdings, wie oben erwähnt, genau die gegenteilige Folgerung.

[135]) Soweit übrigens entsprechende Vorschriften in den Landesgesetzen bestanden hätten, wäre wiederum auf § 6 EG. zu verweisen.

Es wäre nun in der Tat mit dem Staatsinteresse unvereinbar, wenn nicht einmal der Beschuldigte sich einer körperlichen Besichtigung gegen seinen Willen zu unterziehen brauchte. Die Rücksicht auf die Persönlichkeitssphäre darf nicht zu einer Lahmlegung der Strafrechspflege führen.[136]) Und es gibt auch einen Weg, die Duldungspflicht des Beschuldigten zu begründen: durch argumentum a maiore ad minus. Schon Brauer ist der Ansicht,[137]) wer sich dem richterlichen Spezialinterrogatorium und dem Verhaft unterwerfen müsse, der könne nicht behaupten, er werde empfindlicher getroffen durch einen Augenschein. Ein moderner Vertreter dieser Ansicht ist auch Gerland:[138]) da sich der Staat des ganzen Körpers des Beschuldigten bemächtigen dürfe, um den Untersuchungszweck zu verwirklichen, so liege in diesem maius auch das minus der bloßen Körperbesichtigung.[139]) Das „Spezialinterrogatorium" besteht nicht mehr, wohl aber die Untersuchungshaft. Trotzdem erschein mir dieses Argument nicht durchschlagend. Die bloße Freiheitsentziehung ist nicht m e h r als die eingehende Besichtigung des Körpers, sondern w e n i g e r. Mit der Berechtigung, den Beschuldigten zu inhaftieren, ergibt sich zwar die Möglichkeit, der sich der Beschuldigte nicht entziehen kann — nicht die Berechtigung — die für gewöhnlich unbekleideten Körperstellen zu sehen, nicht aber das Recht, auch nur diese einer Untersuchung zu Beweiszwecken zu unterziehen.[140]) Die Haft ist zwar einerseits ein maius, indem sie den Beschuldigten auf lange Zeit der Bewegungsfreiheit beraubt. Das ist hier aber nicht das wesentliche. Gegenüber der Vornahme von irgend welchen Handlungen am Körper des Beschuldigten ist sie in Wirklichkeit ein minus. Der Schluß Brauers[141]) und Gerlands ist daher in Wirklichkeit ein argumentum a minori ad maius.

Ein wirkliches „Mehr" ist aber die Durchsuchung. Die Beaugenscheinigung wird sich häufig nur auf bestimmte Körperstellen erstrecken und oft über eine bloße Besichtigung und evtl. Berührung nicht hinausgehen. Wird dagegen nach Fremdkörpern gesucht, so ist zunächst fast immer die Durchsuchung des ganzen Körpers erforderlich; es werden aber auch Instumente eingeführt werden müssen, um den Gegenstand ans Licht zu fördern. Bei der Durchsuchung ist begrifflich eine Verletzung des Substanz des Körpers möglich:

---

[136]) De lege lata wird die Frage nur ganz vereinzelt verneint, ihre Bejahung nur meist unzureichend begründet. Es hat aber auch nicht an Stimmen gefehlt, die eine derartige Verpflichtung vom Standpunkte des strengen Accusationsprinzips aus für untragbar halten, so Holtzendorf (das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe 1875 S. 337, zit. bei Vargha 515) Vargha 515, Ehrenfreund 22 (G.A. 53).

[137]) a. a. O. § 7, S. 604.

[138]) Lehrb. § 71 Anm. 334.

[139]) Aehnlich in anderm Zusammenhang Kohler G.A. 60, 214.

[140]) Etwas anderes ist die allgemein bei Aufnahme vorzunehmende Untersuchung.

[141]) Soweit sich Brauer auf die Inhaftierung bezieht.

ist sie auch nicht zulässig, so kann doch die Frage der Substanzverletzung bei der Augenscheinseinnahme gar nicht entstehen. Moehring[142]) will daher dem Richter gestatten, einen ihm gegebenen Rechtstitel „auch zur Erreichung eines mit minderen Mitteln zu erzielenden Zweckes" zu verwenden. Dieser Ansicht ist beizutreten, zumal Moehring richtig bemerkt, daß die Augenscheinseinnahme dem Betroffenen schon insofern noch größere Garantien bietet, als eine Durchsuchung schon zulässig ist, wenn zu vermuten ist, daß sie zur Auffindung von Beweismitteln führen werde, während die Augenscheinseinnahme ja gar nicht stattfinden kann, wenn das Objekt noch nicht da ist.

Die §§ 102 ff. enthalten also nicht nur die Durchführungsbefugnis einer Durchsuchung, sondern auch einer Augenscheinseinnahme.[143]) Der Beschuldigte unterliegt daher der Augenscheinsduldungspflicht.

Das Mittel der Erzwingung ergibt sich ebenfalls aus § 102. Es heißt Gewalt. Ist die Durchsuchung schon ihrer Natur nach ein Zwangsmittel und bleibt es auch ohne Widerstand,[145]) so ist die Gewaltanwendung zur Erzwingung der Augenscheinseinnahme nur ein Appendix zu dem prozessualen Akte.[146]) Bemerkt sei noch, daß die körperliche Untersuchung prozessual auch in anderer Form auftreten kann, da das Gesetz unter Augenscheinseinnahme nur eine richterliche Handlung versteht. Ihr Ergebnis kann ebenso gut Gegenstand einer Zeugenaussage oder eines Sachverständigengutachtens sein, wenn eine dieser Personen mit der Vornahme betraut worden ist.

Das Reichsgericht nimmt nun an, daß in diesem Falle der mit der Besichtigung beauftragte Sachverständige eine weitere Zwangsgewalt nicht in Anspruch nehmen könne als seinem Auftraggeber, dem Richter, zustehe.[147]) Das ist in-

---

[142]) Moehring 38.

[143]) An der Zulässigkeit der Beaugenscheinigung des menschlichen Körpers kann kein Zweifel herrschen. Der Mensch ist so gut Beweismittel wie jedes andere.

[144]) Im Zivilprozeß wird sie dagegen bezügl. d. Parteien fast durchweg verneint. Vgl. Sydow-Busch § 371, Anm. 1, inplicite auch RGZ. 63, 410. Friedrichs a. a. O. 407 bejaht sie unbedingt im Entmündigungsverfahren, im sonstigen Zivilprozeß, soweit eine solche Verpflichtung dem Beweisführer gegenüber besonders begründet ist. Z.T.a.M. Beling Z. 15, 503/4.

[145]) Vgl. A. Mayer 10.

[146]) Manche Schriftsteller bemängeln, daß ein Zwangsmittel nicht ausdrücklich vorgesehen ist, wie etwa beim Zeugenbeweis. In diesem Falle war aber die Anführung besonderer Mittel notwendig, da mit absoluter Gewalt eine Zeugenaussage nicht zu erlangen ist. Bei Erzwingung eines Unterlassens oder Duldens bedarf es aber der Angabe eines besonderen Mittels ebenso wenig wie (bemerkt Kreß 79 hier richtig) es genauer Angaben bedurfte, wie ein Haftbefehl durchzuführen sei. Gl.M. Friedrichs a. a. O. Rosenmeyer 47, Mayer 33, u. a.

[147]) Vgl. RG. Recht 6 (1902) S. 514, Fr. 2443. Kreß 240. Die Kommentare drucken diesen Satz zumeist ohne Hinzufügung einer Kritik ab, z. B. Loewe-Rosenberg a. a. O.

sofern nicht richtig, als dem Beauftragten überhaupt kein Mittel zur Erzwingung zu Gebote steht. Zwangsgewalt hat im Strafprozeß grundsätzlich nur der Richter. Faßte man selbst den hier in Frage stehenden Akt als Durchsuchung auf, so könnte man doch nicht, wie Friedrichs[148]) will, jedem Beauftragten die Anwendung von Gewalt zugestehen; denn gerade die Durchsuchung ist, wie Beling[149]) mit Recht bemerkt, eine behördliche Handlung, kann also gar nicht von Privatpersonen vorgenommen werden. Wenn Moehring[150]) von einer „Delegationsbefugnis" des Richters spricht, so kann sich diese doch nur auf die Vornahme der Untersuchung selbst, nicht aber auf die Anwendung nur dem Vertreter der Staatshoheit zustehender Machtmittel erstrecken. Der Beauftragte nimmt doch nicht einmal einen quasirichterlichen Augenschein ein, sondern informiert sich auftragsgemäß über eine Frage, um dann darüber sein Gutachten abzugeben. Was er auch tut, er bleibt Privatperson und einer solchen können staatliche Machtmittel nicht delegiert werden. Weigert sich also der Betroffene, sich untersuchen zu lassen, so bleibt dem Beauftragten nur die Herbeirufung des Richters übrig.[151]) Der Richter muß dann den richterlichen Augenschein evtl. unter Beiziehung des Sachverständigen einnehmen. Das kann auch in der Form geschehen, daß er die Tätigkeit des Sachverständigen leitet.[152])

§ 6.

Ist nun festgestellt, daß Augenscheineinnahme und Durchsuchung der Person des Beschuldigten zulässig, der Beschuldigte duldungspflichtig und die Durchführung erzwingbar ist, so erhebt sich die Frage, ob das in unbeschränktem Maße der Fall ist. Kann zur Erlangung eines im Körperinnern verborgenen Gegenstandes die Magenpumpe angesetzt, kann der Gegenstand gar unter Lebensgefahr des Betroffenen herausoperiert werden? Schon diese Beispiele zeigen, daß es eine Grenze geben muß, die der hier an sich zulässigen und durchführbaren Wahrheitsforschung Einhalt gebietet.

Die gesetzlichen Vorschriften enthalten zwar Bestimmungen über die Art der Durchführung — ausdrücklich oder stillschweigend — nicht aber über das Maß. Eine Abwägung der widerstreitenden Interessen läßt sich allgemein nicht vornehmen, weil das Interesse des Staates an der Ermittlung der

[148]) a. a. O. 396.
[149]) a. a. O. 474.
[150]) a. a. O. 29.
[151]) Das ist dann, wie Delius 1259 sehr richtig bemerkt, für den Betroffenen weit unangenehmer, als wenn er sich freiwillig dem Sachverständigen fügt; das hat er sich jedoch dann selbst zuzuschreiben.
[152]) Im Ergebnis sind gl. A. Delius a. a. O. Mayer 54, Loewe-Rosenberg § 86, 3 S, 260/61, der allerdings wie Anm. 147 erwähnt, die entgegengesetzt erkennende Entscheidung des Reichsgerichts einige Zeilen später ohne Zusatz anführt. Dlius setzt sich a. a. O. in Widerspruch zu seinen Ausführungen S. 1256.

Wahrheit variabel ist.[153]) Im Einzelfalle aber geht es wohl an, dem Ermessen des Richters zu überlassen, wie weit er gehen s o l l, nicht aber, wie weit er gehen d a r f. Dies nicht, weil anzunehmen wäre, daß der deutsche Richter im allgemeinen geneigt wäre, seine Machtbefugnis zu weit auszulegen. Es ist überhaupt ganz falsch, diese und ähnliche Probleme unter dem Gesichtspunkt eines M i ß t r a u e n s v o t u m s g e g e n ü b e r d e r J u s t i z zu betrachten. Das Finden bestimmter Normen ist aber deswegen nötig, weil es im Wesen wenigstens unserer bisherigen Gesetzgebung gelegen hat, daß der Staatsbürger weiß, zu welchen Handlungen, Duldungen und Unterlassungen er verpflichtet ist und Literatur und Rechtsprechung es sich haben angelegen sein lassen, beiden Teilen von vornherein Klärung zu verschaffen, wie weit dies der Fall ist. Es wird also der Statuierung bestimmter Grenzen bedürfen.

Am weitesten geht wohl Rosenfeld,[154]) der nicht nur Rasieren, Anwendung von Brechmitteln sowie der Magenpumpe, sondern auch eine Operation für gestattet hält, um festzustellen, ob ein verschiebliches Körperchen im Fleisch des Unterarms ein Schrotkorn sei, kurz, alles was ohne erhebliche dauernde Schädigungen möglich ist.[155]) Dagegen verbieten Müller,[156]) Kreß,[157]) Beling,[158]) Gerland,[159]) Mayer[160]) und Herrmann[161]) jede Verletzung der körperlichen Integrität, der Substanz und damit auch jede Schmerzzufügung. Kreß versagt sogar die Erregung jedes körperlichen Mißbehagens.[162])

Da das Gesetz schweigt, ist gestattet nur das einfache „Wahrnehmen", das einfache „Suchen", das Absuchen und die Besichtigung des Körpers in seiner dermaligen Gestalt.[163]) Das darf aber nicht dahin führen, daß auch die geringste Hilfshandlung untersagt wäre. Der Staat würde sonst in die Rolle des Shylock gedrängt, der wohl ein Pfund Fleisch herausschneiden, dabei aber kein Blut vergießen darf. Es ist daher nicht nur erlaubt, den Betroffenen zu entkleiden, sondern auch, ihn zu betasten und zu befühlen;[164]) denn sonst wäre jede Untersuchung zwecklos, und die Befugnis, jemand gegen seinen Willen zu durchsuchen oder zu besichtigen, würde dem Staat nichts nützen. Auch Handlungen, die ein körperliches Unbehagen bewirken, werden für zulässig erachtet werden müssen; denn dieser Zustand pflegt sich bei der einfachsten ärztlichen Untersuchung so häufig einzustellen.

---

[153]) Vgl. Beling Beweisverb. 35.
[154]) Lehrb. S. 187 Anm. 6.
[155]) — — —
[156]) a. a. O. 450.
[157]) a. a. O. 224.
[158]) Z. 15, 494, B. V. 12.
[159]) Lehrb. S. 230, Anm. 328.
[160]) a. a. O. 52/53.
[161]) a. a. O. 10.
[162]) a. a. O., a. M. Beling Lehrb. S. 309.
[163]) Müller a. a. O.
[164]) Mayer a. a. O.

daß es m. E. Buchstabeninterpretation ist, einerseits eine Untersuchungsduldungspflicht zu statuieren, andererseits schon das leiseste Mißbehagen für nicht duldungspflichtig zu erklären. Ebenso muß aber auch ein mäßiger Schmerz ertragen werden; denn auch das liegt im Rahmen der einfachsten Untersuchung. Dagegen braucht der Betroffene erhebliche Schmerzen nicht zu dulden. Mag auch die Grenze zwischen erheblichen und „unerheblichen" Schmerzen flüssig sein, so ist sie es doch genau so zwischen mäßigem Schmerz und Schmerz überhaupt und Unbehagen. Es ist im Einzelfalle zu prüfen und durch ein ärztliches Gutachten jederzeit feststellbar, ob eine Untersuchung unter Berücksichtigung der persönlichen Besonderheiten des Betroffenen mit großen oder nur leichten Schmerzen oder gar nur mit Unbehagen verbunden ist. Ist doch auch der Gesetzgeber in der Zufügung seelischer Schmerzen nicht kleinlich. Nur die stärksten menschlichen Empfindungen werden geschützt, und das geschieht notwendig in so starrer Form, daß strafprozessuale Beweiserhebung oft genug „blutende Herzen" schafft. Das Verlangen, einen vorübergehenden, mäßigen körperlichen Schmerz zu erdulden, ist daher nicht nur zulässig und erzwingbar, da es in der Natur ärztlicher Untersuchungen — und die körperliche Untersuchung geschieht fast ausnahmslos in dieser Form — liegt, daß sie nicht ohne den geringsten Schmerz abgehen, sondern es ist auch keineswegs unbillig. Erzwingbar sind daher nicht nur Messungen und Durchleuchtungen, sondern auch das Einführen von Gegenständen in Körperöffnungen, selbst wenn dadurch ein gewisser Schmerz verursacht wird [165]) Zufügung erheblicher und gar — auch vorübergehender — Gesundheitsschädigung sind nicht ohne weiteres mit einer Durchsuchung oder Untersuchung verknüpft. Sie werden durch diese Begriffe nicht mehr gedeckt und daher nicht erzwingbar. M. E. sind aber sogar lebensgefährliche Eingriffe nicht nur nicht erzwingbar, sondern unzulässig.

Auch braucht niemand eine Veränderung der Körpersubstanz zu dulden. Diese liegt vor, wenn der Mensch zur Untersuchung erst „zurechtgemacht" [166]) wird, der menschliche Körper erst zu einem „brauchbaren Objekt umgestaltet" wird. [167]) Unerzwingbar ist daher jede, auch die geringste Operation

---

[165]) Wird die Untersuchung oder Durchsuchung von einem Nichtfachmann vorgenommen (bei der Durchsuchung wird das immer dann der Fall sein, wenn nicht ein Arzt von der durchsuchenden Behörde hinzugezogen wird), so ändert das zwar an der prozessualen Lage des Betroffenen zunächst nichts; es wäre aber eine schwere Pflichtverletzung eines Beamten, wenn er eine Handlung vornimmt, von der er nicht genau weiß, daß sie ohne erhebliche Schmerzen und Gefahr abläuft. Keinesfalls ist aber jemand gehalten, sich von einem Nichtfachmann (etwa von einem Schutzmann!) Instrumente einführen zu lassen oder überhaupt eine Handlung zu dulden, deren gesundheitliche Harmlosigkeit nicht auf der Hand liegt. In einem solchen Falle läge keine rechtmäßige Amtsausübung mehr vor.

[166]) Kreß a. a. O. 224/25.

[167]) Beling B. V. 12.

und die Einführung von Brech- und Abführmitteln,[168]) soweit das nicht schon wegen Erregung starker Schmerzen außer Betracht bleiben muß. Das letzgenannte Ergebnis befriedigt im Grunde nicht. Ein Beschuldigter kann also vor den Augen des Richters einen Gegenstand verschlucken und sich jeder Handlung, die diesen Gegenstand wieder ans Licht bringen will, widersetzen. Gewiß ist das oberste Gebot auch des Strafprozesses, die Menschenwürde zu wahren; in einem solchen Falle erscheint es aber geradezu dolos, sich auf sie zu berufen. Gleichwohl ist de lege lata ein anderes Ergebnis nicht zu zeitigen.

Unzulässig ist auch jede Aufhebung der freien Willensbestimmung.[169]) Streitig ist, ob Haar und Bart geschoren werden dürfen. Die Frage wird bejaht von Rosenfeld, Gerland, Kreß, Delius.[170]) verneint von Beling, Herrmann, Müller.[171]) Kreß ist der Ansicht, daß Integrität und Substanz in diesem Falle überhaupt nicht berührt würden; der Mensch lasse sich Haar und Bart aus Gründen der Gesundheit, Reinlichkeit und Körperpflege abnehmen. Das ist nur zum Teil richtig. Es ist sehr wohl mit „Gesundheit, Reinlichkeit und Körperpflege" vereinbar, einen Vollbart oder langes Haar zu tragen und niemand wird auf den Gedanken kommen, sich aus diesen Gründen plötzlich kahl scheren zu lassen. Bei richtiger Auslegung des Begriffs Integrität wird aber auch die aesthetische Gesamterscheinung eines Menschen eine gewisse Rolle spielen müssen. Man wird sich, wie Mayer bemerkt[172]) allerdings auch de lege lata sehr schwer entschließen können, es etwa zu unterlassen, einem des Mordes Beschuldigten zum Zwecke der Identitätfeststellung den Bart abzunehmen. Trotzdem bietet sich keine gesetzliche Handhabe andere als die im Rahmen einer regelmäßigen Körperpflege üblichen Haar- und Bartschnitte gegen den Willen des Beschuldigten zu bewirken; denn auch hier wird mehr getan als in Augenschein genommen, das Beweismittel wird „zurechtgemacht".[173])

Selbstverständlich ist, daß der Beschuldigte auch als Objekt der Augenscheinseinnahme oder Durchsuchung nicht verpflichtet ist, auch nur durch die geringste Hilfshandlung aktiv

---

[168]) Aus diesem Grunde, nicht aus dem von Herrmann angeführten, vgl. Anm. 101.

[169]) Anderer Ansicht von Lilienthal Z. 7, 393 für die Hypnose. M. E. ist diese überhaupt keine Durchsuchung.

[170]) Delius L. Z. a., a. O. 1255. Wenn Delius die Durchführbarkeit dieser Maßnahmen damit begründet, daß „Täter und Teilnehmer keine Befugnis haben, der Strafrechtspflege beliebig Hindernisse zu bereiten, so wird man ihm darin freilich nicht folgen können. D. verfällt nicht nur in den alten inquisitorischen Fehler, den Beschuldigten von vornherein als Schuldigen anzusehen, sondern verkennt auch die Stellung des Einzelnen zur staatlichen Strafgewalt.

[171]) Unterscheiden Loewe-Rosenberg a. a. O.

[172]) Mayer a. a. O. 53.

[173]) Im Ergebnis gl. M. auch von Kries Z. 6, 147 Anm. 52. Er sagt dort anläßlich eines praktischen Falles: „Mit welcher Bestimmung dieser Beschluß motiviert worden ist, wird leider nicht gesagt.

mitzuwirken. Er kann sich auch hier vollkommen passiv verhalten.

Als Verletzung der körperlichen Integrität erscheint auch die Entnahme einer Blutprobe zur Vornahme einer Blutgruppenuntersuchung. Sie ist daher gegen den Willen jedes Betroffenen, auch des Beschuldigten, unzulässig.[174])

Fraglich ist die Anwendbarkeit der Hypnose bei der Vernehmung des Beschuldigten. Hier wird von einigen Autoren die Behauptung aufgestellt, sie sei sogar gegen den Willen des Beschuldigten zulässig, da sie sich als Durchsuchung darstelle.[175]) Das ist ganz unrichtig. Zunächst hat der Gesetzgeber unter „Spuren" im Sinne der §§ 102, 103 nur solche gemeint, die gegenständlich erkennbar sind.[176]) Das ergibt sich schon aus dem Zusammenhang der Gesetzesstelle mit den übrigen Vorschriften des 8. Abschnittes der Strafprozeßordnung Die Befragung des Beschuldigten kommt als Durchsuchung schon deshalb überhaupt nicht in Betracht, weil die Durchsuchung gar nicht zur Erhebung, sondern zur Sicherung eines Beweises dient. Es bedeutet eine Umgehung des Gesetzes, auf diesem Wege das Gehirn des Beschuldigten nach Gedanken durchsuchen zu wollen und ihn auf diese Weise zu Eröffnungen, die solche bleiben, auch wenn sie in hyptnotisiertem Zustand erfolgen, zu zwingen, die er sonst nicht gemacht hätte.[177]) Die Scholzsche Methode (vgl. Anm. 175) führt dazu, den Menschen als eine aufgezogene Sprechmaschine anzusehen.

Auch mit Einwilligung des Beschuldigten muß aber seine Befragung in hyptnotischem Zustande verneint werden. Die Erklärung, die der Beschuldigte abgibt, muß in jeder Lage des Verfahrens eine freiwillige bleiben. Selbst wenn der Versuch zu Entlastungszwecken vorgenommen wird, besteht doch keine Möglichkeit[178]) mehr für den Beschuldigten, von dem Experiment abzustehen und von seiner Befugnis zu schweigen, Gebrauch zu machen. Hierbei kann auch nicht erheblich sein, wenn der Beschuldigte durch ein negatives Ergebnis weniger belastet wird, als er durch ein günstiges entlastet worden wäre.

---

[174]) Anderer Ansicht offenbar RG. St. 64, 162: „Denn es besteht keine gesetzliche Vorschrift, nach der am Verfahren nicht beteiligte Personen gezwungen wären, die Entnahme einer Blutprobe zuzulassen

[175]) So Scholz Dtsch. Strf. Z. 5, 283. Als Durchsuchung faßt die Hypnose zum Zwecke der Feststellung der Hypnotisierbarkeit auch auf Lilienthal Z. 7, 393.

[176]) Zu weit gehen Ivers 103, Lucas 91, die nur äußerlich erkennbare Spuren als Gegenstand der Durchsuchung auffassen.

[177]) Im Ergebnis insoweit gl. M. Kreß a. a. O. 2, 225, Ortloff G.S. 60, 334, Hellwig G.A. 67, 433, Lucas a. a. O.

[178]) Mindestens ist sie stark beschränkt. Soviel gibt auch Wulffen a. a. O. zu.

Die Befragung eines Beschuldigten im hypnotischen Zustande ist also in jedem Falle ausgeschlossen.[179])

§ 7. (Anhang.)

Streitig ist, ob unverdächtige Dritte gegen ihren Willen durchsucht und in Augenschein genommen werden können. Für die Frage der Durchsuchung gibt Anlaß zum Streit die Fassung des § 103 St.P.O. Eine Reihe von Schriftstellern entnehmen aus dieser Vorschrift die Zulässigkeit der Durchsuchung auch gegen den Willen des Betroffenen. Richtig ist, daß der Begriff der Durchsuchung aus § 102 St.P.O. zu entnehmen ist[180]) und daher auch Sachen und Personen umfaßt. Es handelt sich nur darum, ob § 103 eine Beschränkung der Erzwingbarkeit der im § 102 insoweit lediglich definierten Durchsuchung enthält. § 103 spricht nun ausdrücklich nur von R ä u m e n, die als Durchsuchungsobjekt in Frage kommen. Abs. 1 sagt; . . . . . wenn zu vermuten ist, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden „Räumen" befindet. Abs. 1 fügt hinzu, diese Beschränkung findet keine Anwendung auf die R ä u m e, in welchen der Beschuldigte ergriffen worden ist. Nun wird behauptet, der Ausdruck „Räume" stehe zu sehr im Schatten des Satzbaus, um eine Unterscheidung abgeben zu können.[181]) § 103 enthalte „jedenfalls" kein Verbot der Personendurchsuchung,[182]) die Strafprozeßordnung vertrage keine so genaue Interpretation,[183]) es liege nur eine zufällige Abweichung, eine inkorrekte Fassung vor,[184]) es gehe nicht an, aus Respekt vor einer ungeschickten Gesetzesredaktion den Organen der Strafjustiz Maßnahmen zu verwehren, deren sie schlechterdings nicht entraten könnten,[185]) es sei Buchstabeninterpretation, die Durchsuchung von Personen für unzulässig zu erklären.[186])

Indessen sind diese Ansichten schon so treffend widerlegt worden, daß zu diesem Punkte es genügen würde, die gegnerischen Ansichten zu referieren. Freilich gestattet das Gsetz, eine Person in einem Raume zu s u c h e n, aber nicht zu d u r c h s u c h e n. Man müßte denn annehmen, daß wie Voi-

---

[179]) Im Ergebnis gl. A. von Lilienthal a. a. O. 394, Ivers 105, a. M. Wulffen 115, Ortloff a. a. O. 334, von Hentig D.J.Z. 18 (1912) 631, Mezger a. a. O. 161. Die beiden letzgenannten Autoren wollen die Befragung in einem Falle zulassen, in dem der Angeklagte wegen einer früheren Hypnose sich weder an die Tat noch an den Hypnotiseur erinnern konnte und eine neue Hypnose die einzige Möglichkeit bot die Erinnerung wieder herzustellen. In der Tat mag das Ergebnis hier zunächst unbillig erscheinen, es muß aber auch hier das oben gesagte gelten.

[180]) Puchelt 224, Voitus a. a. O. 276.

[181]) Friedrichs a. a. O. 395.

[182]) Friedrichs a. a. O.

[183]) Stenglein G. S. 57, 16.

[184]) A. Mayer 14, Graf Dohna 114, Stenglein Komment. Bemerk. 2 zu § 103.

[185]) Graf Dohna 115 RG. RSpr. 8, 458, Müller Bayr. Z. 1, 449.

[186]) Delius a. a. O. 1256.

tus[187]) bemerkt, der Ausdruck Räume im grellen Widerspruch mit dem allgemeinen Sprachgebrauche auch die Person mit hätte umfassen sollen. Wäre das wirklich gemeint, so müßte die Gesetzesgeschichte Aufschluß darüber geben, ob der Gesetzgeber wirklich derartiges beabsichtigt hatte. Das ist nicht der Fall. Motive,[188]) Protokolle,[190]) Bericht der Kommission[191]) enthalten ebensowenig irgend etwas darüber wie in der Beratung dieses Problem zur Sprache gekommen ist.[192]) Entnähme man daraus selbst, daß der Gesetzgeber eine Einschränkung nicht beabsichtigt hat, so kann doch daraus nicht gefolgert werden, daß eben deshalb eine Beschränkung tatsächlich entgegen dem Wortsinne nicht vorhanden sei.[193]) Gesetzesmaterialien sind stets mit Vorsicht zu benutzen; keinesfalls kann man aus ihnen Schlüsse ziehen, die im Widerspruch mit dem Sinn stehen, den die Worte des Gesetzes ausdrücken.[194]) Daran kann nichts ändern, daß das vielleicht nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Wenn überhaupt, wäre eher das Gegenteil aus den Motiven zu entnehmen, da auch dort nur von Räumen die Rede ist. Mag der Gesetzgeber selbst die Frage sogar bejaht haben, so ist doch diese Ansicht, wie Beling[195]) richtig sagt, nicht zum Ausdruck gekommen, ein dahingehender Wille des Gesetzgebers nicht erklärt. Nach Kreß[196]) würde der Ausschluß der Unverdächtigen von der Durchsuchung zu „geradezu anomalen Konsequenzen" führen. Denn bejahe man die Erzwingbarkeit des Augenscheins, also dem Unverdächtigen die Befugnis, die Durchsuchung seiner Person abzulehnen, so möge man zusehen, wie man sich in den Fällen aus diesem Dilemma herauswinde, in denen die körperliche Besichtigung ohne körperliche Durchsuchung gar nicht möglich sei. Kreß geht aber von hier als unrichtig erkannten Voraussetzungen aus. Bejahte man selbst die Erzwingbarkeit des Augenscheins bei Unverdächtigen, so wurde doch dargetan, daß die Entfernung der Bekleidung zum Zwecke der Besichtigung des Körpers keine Durchsuchung, sondern eine Hilfshandlung zur Durchführung der Augenscheinseinnahme darstellt. Damit entfällt die von Kreß hervorgehobene Folgerung, die allerdings bedenklich wäre.

Von Kries[197]) ist der Ansicht, es beweise zu viel, wenn man Gewicht auf den Ausdruck Räume lege, da dann auch

---

[187]) Voitus contr. 2, 274.
[188]) Hahn, Mat. III, 126.
[190]) Hahn, Mat. III, 1, 639.
[191]) Hahn, Mat. III, 2, 1249.
[192]) Hahn, Mat. III, 2, 1792 (2. Beratung) 2066 (dritte Beratung).
[193]) So früher Dalcke in der Auflage, ähnlich Stenglein G. S. 57, 116.
[194]) Vgl. auch Crome § 20: die Auslegung der Gesetzesmaterialien darf nichts ins Gesetz hineintragen, was weder ausdrücklich noch folgerungsweise darin enthalten ist.
[195]) Z. 15, 499.
[196]) Kreß 221.
[197]) von Kries Lehrb. 296.

die Durchsuchung der Sachen untersagt sei. Abgesehen davon, daß das kein durchschlagender Grund wäre, ist aber die Durchsuchungsmöglichkeit von Sachen durch argumentum a fortiori zu folgern.[198])

Zu der von Keller[199]) und späterhin Rosenmaier[200]) vertretenen Ansicht, unverdächtige Personen unterlägen dann der Durchsuchung, wenn sie sich in den zu durchsuchenen Räumen befänden, ist schon von Beling[201] treffend bemerkt worden, daß es untunlich ist, eine Person gelegentlich als Teil oder Pertinenz eines Raumes zu behandeln. Hinzu kommt, daß unter der „gesuchten Person" m. E. nur die zu verstehen ist, die ergriffen weren soll (vgl. Wortlaut des § 103).

Auch auf andere Weise läßt sich ein Duldungstitel in dieser Hinsicht nicht finden. Analogie ist ausgeschlossen,[202]) selbst wenn man der Ansicht wäre, daß eine solche mit der Zeugnispflicht überhaupt vorläge.

Eine Durchsuchung unverdächtiger Person ist daher gegen ihren Willen nicht zulässig.[203])

Die praktische Bedeutung dieser Frage ist m. E. für die Durchsuchung selbst nicht so sehr groß, wie allgemein angenommen wird. Kommt es wirklich darauf an, eine Person zu durchsuchen, so ist sie, wenigstens wenn man den Begriff der Durchsuchung so wie hier einengt, fast immer auch verdächtig; die Möglichkeit, daß der Täter einen Gegenstand am Körper einer Person gegen ihren Willen versteckt, ist verschwindend klein. Geschieht es aber mit ihrem Willen, so ist sie der Begünstigung verdächtig.

Damit entfällt aber auch eine Verpflichtung unverdächtiger Personen, sich einer Augenscheinseinnahme zu unterziehen. Unterstellte man selbst, sie sei insoweit zulässig, wie die Durchsuchung zulässig sei,[204]) so ist, nachdem festgestellt ist, daß Unverdächtige einer Durchsuchung überhaupt nicht unterliegen, damit nichts gewonnen.

---

[198]) Beling Lehrb. § 106 II 1 im Gegensatz zu seiner Ansicht in Z. 15, 497.

[199]) St.P.O. § 103 Anm. 7.

[200]) Rosenmayer a. a. O. 47.

[201]) Z. 15, 497.

[202]) So wollte Brauer a. a. O. 605 aus der Zeugnispflicht eine Durchsuchungsduldungspflicht folgern. Aehnlich schon Tittmann Hdb. III. 293; dagegen auch Stenglein G. S. 57, 17 in Korrektur seiner früheren Ansicht (Komment. S. 221).

[203]) Im Ergebnis gl. A. außer den Gennannten vor allem John Komment. I. 815 Note II B zu § 102/3, Geyer Lehrb. 563, Bennecke 265, Ullmann § 81 2 B, Rosenfeld 186, Frank Z. 12, 333, Herrmann 18, Möhring 42, Gerland § 77 S. 250. Seit einigen Auflagen auch Loewe-Rosenberg § 86 Anm. 3.

Den Gründen nach ist diese Frage als ausgetragen anzusehen; neues kann kaum noch angeführt werden; gleichwohl stehen sich die Ansichten weiterhin schroff gegenüber, sodaß im Ergebnis weiterhin Streit herrscht. Es bedarf einer Neufassung des Gesetzes; die Entwürfe sehen sie auch vor.

[204]) Zachariae 2, 218, Kries § 51, 2; RG. RSpr. 8, 458 ff, RG.St. 14, 193.

Auch durch argumentum fortiori ist aus demselben Grunde zu keinem Ergebnis zu gelangen. Das gleiche gilt auch schon deshalb für die Ansicht Graf Dohna's.[205])

Loewe-Rosenberg will zu einem positiven Ergebnis[206]) durch Anwendung der Vorschrift des § 78 St.P.O. kommen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich hierfür aber gar nichts. § 78 sagt lediglich, daß der Richter, soweit ihm dies erforderlich erscheint, die Tätigkeit das Sachverständigen leiten darf. Hat der Richter keine Zwangsgewalt, so kann der Sachverständige auch unter richterlicher Leitung keine Untersuchung gegen den Willen des Betroffenen vornehmen.[207])

---

[205]) Graf Dohna 112. Die Ansicht ist schon wegen Auschlusses der Analogie unrichtig.

[206]) § 86, Anm. 3.

[207]) Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, soweit eine Pflicht, sich der Besichtigung zu unterziehen, besteht, die Rücksicht auf das Schamgefühl ihr keinesfalls entgegensteht. Das ist de lege lata wohl unstreitig. Vgl. Beling Z. a. a. O. 495, Rosenmaier 45, Loewe-Rosenberg a a. O. Auch Stenglein G. S. 62, 261, bestreitet dies de lege lata nicht, verlangt nur mit Recht möglichste Schonung. Im gleichen Sinne glaube ich auch Wegner a. a. O. 61 zu verstehen. Wenn Stenglein allerdings sagt, er sei besser, ein Beweismittel fallen zu lassen, als eine so tief greifende Maßregel gegen ein unverdächtiges Weib anzuwenden, so halte ich das für zu weit gehend. Es kann unter Umständen „besser" sein, einem zu Unrecht beschuldigten Manne seine Ehre wieder zu geben.

Lebenslauf.

Am 2. Juli 1906 wurde ich als Sohn des 1917 verstorbenen Kaufmanns Josef Tintner und seiner 1918 verstorbenen Ehefrau Margarete, geb. Rubensohn, in Bischofswerda (Sachsen) geboren. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Von 1913 bis 1918 besuchte ich die Mittlere Bürgerschule zu Bischofswerda, von 1918 bis 1925 das Gymnasium Augustum zu Görlitz. Am 21. März 1925 bestand ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung. Ich studierte sodann acht Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau, Heidelberg und Berlin. Am 28. und 29. Juni 1929 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 22. Juli 1929 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität das Rigorosum. Zur Zeit bin ich dem Amtsgericht zu Breslau als Referendar zur Ausbildung überwiesen.